

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SIMONE TRENTO

EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL EM MATÉRIA PROBATÓRIA:  
*STANDARD* E ÔNUS DA PROVA

CURITIBA  
2012

SIMONE TRENTO

EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL EM MATÉRIA PROBATÓRIA:  
*STANDARD E ÔNUS DA PROVA*

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, no programa de pós-graduação em Direito, área de concentração: “Relações Sociais”, linha de pesquisa: “Direito, Tutela e Efetividade”, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Doutor Luiz  
Guilherme Marinoni

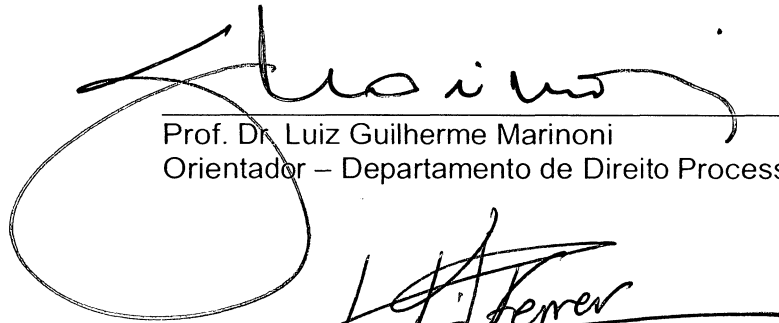
CURITIBA  
2012

## TERMO DE APROVAÇÃO

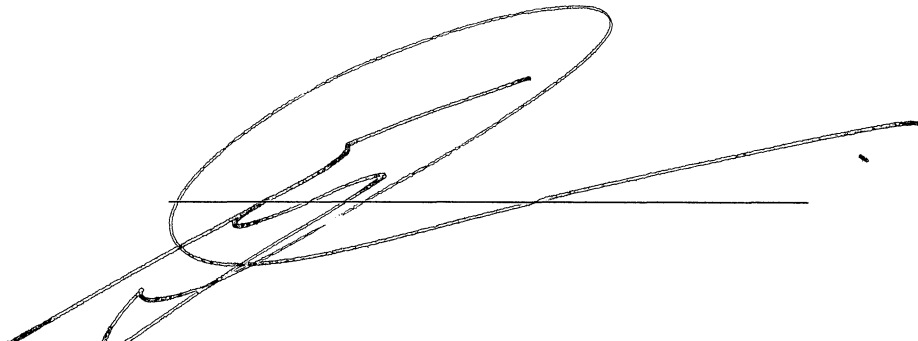
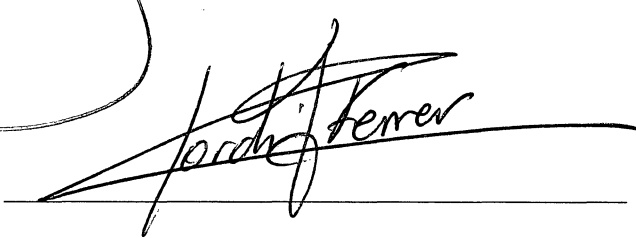
SIMONE TRENTO

EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL EM MATÉRIA PROBATÓRIA:  
STANDARD E ÔNUS DA PROVA.

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre no programa de pós-graduação em Direito, área de concentração "Relações Sociais", linha de pesquisa "Direito, Tutela e Efetividade", Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni  
Orientador – Departamento de Direito Processual Civil, UFPR



Curitiba,

## RESUMO

A presente dissertação de mestrado trata da efetividade do processo, especificamente no que diz respeito à temática da prova. Adota como premissa que o processo tem por finalidade resolver com justiça as controvérsias postas e que, para isto, a busca da verdade das hipóteses fáticas discutidas no processo é a finalidade institucional da instrução probatória. Estuda o que há de se entender por “verdade” no processo e os *standards* de prova aplicáveis, bem como os elementos que determinam a variação do *standard*. Cuida também da regra de ônus da prova incidente caso não satisfeito o *standard* aplicável. Analisa como deve ser compreendida a regra geral de ônus da prova e os seus fundamentos. Volta-se também aos casos em que a regra legal de ônus da prova não é adequada aos princípios constitucionais da inafastabilidade da tutela jurisdicional e à cláusula do *due process*, procurando sistematizá-los e apresentar tratamento jurídico conforme a Constituição.

**Palavras-chave:** Verdade. Probabilidade. *Standards* de prova. Ônus da prova. Inafastabilidade da tutela jurisdicional.

## **ABSTRACT**

This dissertation examines the effectiveness of judicial process, especially concerning the theme “evidence”. A premise of this essay is that judicial process has the goal of solving controversies with justice and, for this, the institutional purpose of judicial process instruction is to seek for the truth of the factual hypothesis discussed in judicial process. It is studied what has to be understood for “truth” in judicial process and the standards of proof applicable for decisions in adjudication, as well as the elements which determine the standards adaptation. It is also studied the burden of proof rule applicable if the appropriate standard is not satisfied. It is examined how the general rule of burden of proof has to be understood and its basis. The dissertation also examines situations in which legal rule of burden of proof is not appropriate to answer the constitutional principles of judicial review, access to justice and the due process clause, seeking a systematic presentation and aspiring for a legal treatment according to the Constitution.

**Keywords:** Truth. Probability. Standards of proof. Burden of proof. Judicial review. Access to justice.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>PARTE I - SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA: A VERDADE, A PROBABILIDADE E O QUE ENTENDER POR PROVA SUFICIENTE. ....</b>	<b>12</b>
<b>1 A VERDADE E O PROCESSO .....</b>	<b>12</b>
1.1 FINALIDADE DO PROCESSO E DA JURISDIÇÃO .....	12
1.2 O INTERESSE DO PROCESSO PELA VERDADE E O ÂMBITO RESTRITO DA INCIDÊNCIA DAS PROVAS .....	20
1.3 O INTERESSE DO PROCESSO PELA VERDADE E A VEDAÇÃO DO USO DE PROVAS ILÍCITAS E OUTRAS REGULAÇÕES LEGAIS LIMITADORAS DO CONHECIMENTO DOS FATOS .....	22
1.4 TEORIAS QUE NEGAM A <i>POSSIBILIDADE</i> DE ALCANCE DA VERDADE NO PROCESSO CIVIL .....	24
1.5 O QUE SE DEVE ENTENDER POR “VERDADE” NO PROCESSO? .....	27
<b>2 OS GRAUS DE ACERTAMENTO DOS FATOS.....</b>	<b>30</b>
2.1 VEROSSIMILHANÇA E PROBABILIDADE. DEFINIÇÕES .....	30
2.2 O PÊNDULO ENTRE A PROVA TARIFADA E A LIVRE APRECIACÃO DAS PROVAS .....	33
2.3 DA VEROSSIMILHANÇA/PROBABILIDADE NECESSÁRIA E SUFICIENTE PARA A SATISFAÇÃO DO <i>STANDARD</i> DE PROVA .....	39
2.4 OS CHAMADOS “MODELOS DE CONSTATAÇÃO DE FATOS” OU “MÓDULOS DE CONVICTÃO” OU “ <i>STANDARDS</i> DE PROVA” .....	45
2.5 DA INSUFICIÊNCIA DO MODELO NORMATIVO POSITIVISTA AO DIREITO COMO INTEGRIDADE .....	54
<b>CONCLUSÕES PARCIAIS (CAPÍTULOS 1 E 2).....</b>	<b>64</b>
<b>PARTE II - INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA: O ÔNUS DA PROVA.....</b>	<b>66</b>
<b>3 O ÔNUS DA PROVA E SUA REGRA GERAL .....</b>	<b>66</b>
3.1 ÔNUS DA PROVA E DIREITO À PROVA. CARACTERIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	66
3.1.1 As dimensões formal e material do ônus da prova.....	69
3.2 ÔNUS DA PROVA. REGRA GERAL.....	70
3.3 O QUE ENTENDER POR FATOS CONSTITUTIVOS, IMPEDITIVOS, MODIFICATIVOS E EXTINTIVOS .....	73
3.3.1 Critério do interesse na prova .....	74
3.3.2 O critério da estrutura da norma.....	76
3.3.3 O critério da pretensão formulada em juízo.....	78
3.4 A LÓGICA DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA .....	80

3.5 EXEMPLOS INCÔMODOS. O QUE DELES SE PODE RETIRAR .....	83
3.5.1 A <i>exceptio non adimpleti contractus</i> . A irrelevância do polo processual e a importância da pretensão de direito material.....	83
3.5.2 Fato negativo. Indeterminado. O critério da pretensão conforme o direito material e desprendida das posições processuais .....	91
3.5.3 As ações declaratórias, em especial a negativa. A pré-processualidade do ônus da prova e a nocividade da interpretação estritamente literal do art. 333 do Código de Processo Civil .....	95
<b>REGRA GERAL DO ÔNUS DA PROVA. CONCLUSÕES PARCIAIS .....</b>	<b>102</b>
<b>4 A INSUFICIÊNCIA DA REGRA GERAL.....</b>	<b>104</b>
4.1 FACILIDADE E DISPONIBILIDADE — MATERIAL E INTELECTUAL .....	106
4.1.1 O exemplo espanhol.....	106
4.1.2 A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e a excepcionalidade da inversão do ônus .....	110
4.1.3 A questão da dificuldade/facilidade na produção da prova do ponto de vista da teoria do direito.....	112
4.1.3.1 Ônus da prova, colaboração processual e abuso de direito.....	113
4.1.3.2 A resposta do pós-positivismo.....	116
4.2 NÃO ESCLARECIMENTO CAUSADO CULPOSAMENTE POR UMA DAS PARTES. DIFICULDADE (CONSIDERÁVEL) OU IMPOSSIBILIDADE DE PRODUZIR A PROVA PARA AMBAS AS PARTES.....	120
4.2.1 Presunção <i>hominis</i> . A presunção judicial e a conduta (processual ou extraprocessual) da parte que inviabiliza a prova .....	121
4.3 NÃO ESCLARECIMENTO SEM CULPA DE QUALQUER DAS PARTES E SEM QUE QUALQUER DELAS TENHA FACILIDADE/DISPONIBILIDADE DE PROVAR .....	130
4.4 DA IMPORTÂNCIA DE QUE A MODIFICAÇÃO DA REGRA DE ÔNUS DA PROVA SEJA EXCEPCIONAL .....	133
4.5 O PROBLEMA DO MOMENTO DE APLICAÇÃO DA REGRA DE ÔNUS DA PROVA (LEGAL OU MODIFICADA) .....	135
4.6 DA PROXIMIDADE ENTRE ÔNUS DA PROVA E VALORAÇÃO DA PROVA ..	139
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>143</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>148</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto a efetividade da tutela jurisdicional em matéria de prova, entendendo-se por “efetividade” especificamente a *qualidade* da tutela jurisdicional prestada, ou seja, o resultado trazido pelo processo no que concerne propriamente ao *mérito* da causa, tendo-se em vista o que se provou, o que era possível e exigível provar e, em caso de prova insuficiente, qual das partes deve arcar com a consequência negativa decorrente da insuficiência da prova. Todas essas questões deverão ser analisadas sob a ótica de qual a tutela jurisdicional mais efetiva.

Para a análise desses temas, será preciso estudar, primeiramente, a relação dos objetivos do processo e de seus limites com a busca da verdade. Será preciso investigar se a busca da verdade é função do processo ou da instrução probatória processual e, caso seja, se tal finalidade choca-se com outras que o processo também persegue ou tutela. Ver-se-á que existem teorias que negam a possibilidade mesma de se encontrar a verdade. Procurar-se-á chegar, então, a uma resposta satisfatória acerca de o que se haverá de entender por “verdade” no processo.

Na sequência, serão abordadas as ideias de “verossimilhança” e “probabilidade”. Tratar-se-á do pêndulo histórico entre provas tarifadas e livre valoração da prova.

Entrar-se-á, então, no tema que cuida do grau de conhecimento dos fatos necessário, no processo civil, para o julgamento do mérito em favor da parte que tem o ônus da prova, ou seja, qual o *standard* de prova aplicável. Neste ponto será preciso investigar se o *standard* no processo civil é sempre o mesmo, aplicável a qualquer tipo de controvérsia, ou se há fatores — e quais — que possam determinar a variação de *standard*.

Ver-se-á que há quem defenda que o *standard* de prova aplicável a determinado tipo de controvérsia deve ser previamente conhecido das partes e dos advogados, por uma questão de segurança jurídica. A ideia será objeto de análise.



O trabalho socorrer-se-á da Teoria do Direito, apontando a insuficiência do modelo normativo positivista para a resolução dos problemas aqui levantados. Neste aspecto, buscar-se-á respaldo teórico, em especial, nas obras de Dworkin e Müller.

Em seguida, investigar-se-á a relação entre, de um lado, suficiência e insuficiência de prova e, de outro, o ônus da prova.

Ao se tratar do ônus da prova, deverão ser postas as questões acerca de seu funcionamento em geral e de seu tratamento nos casos em que a regra legal não se mostrar adequada, à luz da efetividade da tutela jurisdicional.

Ao se tratar da regra geral de ônus da prova, serão apresentadas suas dimensões formal e material. Verificar-se-á que regra geral de ônus da prova semelhante à existente no ordenamento jurídico positivo brasileiro (art. 333 do Código de Processo Civil) existe em diversos outros ordenamentos jurídicos. Ver-se-á a problemática pendente — na doutrina e no foro — na interpretação dessa regra, em especial na distinção segura entre fatos constitutivos e fatos impeditivos.

Sob a perspectiva doutrinária, estudar-se-ão os critérios já elaborados — e com resultados diversos — para o enquadramento dos fatos como constitutivos, extintivos, impeditivos ou modificativos.

Investigar-se-á a lógica existente sob a regra geral do ônus da prova e a aplicabilidade dessa lógica para o adequado enquadramento dos fatos e, por consequência, para a adequada distribuição do ônus da prova.

Estudar-se-ão exemplos de casos incômodos para a doutrina do ônus da prova e para a jurisprudência: o enfrentamento probatório da tese de *exceptio non adimpleti contractus*; a prova do fato negativo, em especial o fato negativo indeterminado; e as ações declaratórias, especialmente a negativa. Tais exemplos procurarão demonstrar como a interpretação literal da regra de ônus da prova pode ser prejudicial à efetividade do processo. Procurarão também iluminar o caminho

para a adequada interpretação da regra geral de ônus da prova, com resultados seguros — sem surpresa — para o jurisdicionado.

Obtidas as conclusões acerca da adequada interpretação da regra legal do ônus da prova, passar-se-á ao problema encontrado na hipótese de a regra geral do ônus da prova não atender adequadamente à lógica que lhe dá sustentação, à justiça do caso concreto e, em especial, ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

Neste ponto, ver-se-á que o ordenamento jurídico positivo espanhol, devido a alteração recente, passou a tratar explicitamente do problema que se verifica quando a parte onerada — segundo a regra geral de ônus da prova — não tem disponibilidade ou facilidade em produzir a prova necessária ao acerto do fato do qual depende o direito por ela reclamado, mas, simultaneamente, a parte contrária tem tal disponibilidade ou facilidade.

Estudar-se-á se a Teoria do Direito permite, independentemente de lei explícita, utilizar-se do mesmo raciocínio que utilizou o legislador espanhol. Será então necessário adentrar no conteúdo das ideias de “colaboração” e de “abuso processual”, bem como na aplicabilidade de princípios gerais do direito sob a visão pós-positivista.

Também será investigada a possibilidade de aplicar-se ao caso concreto norma de ônus da prova diversa da regra geral na hipótese de conduta da parte — processual ou pré-processual — inviabilizadora da prova, acarretando dificuldade para ambas as partes em produzirem as provas.

Ainda, ver-se-á se, além dessas hipóteses, há mais alguma que, em função do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, determine a atribuição do ônus da prova de forma diversa da disciplinada na regra geral.

Analisar-se-á a importância de que a modificação da regra legal de ônus da prova seja apenas excepcionalmente modificada.

Procurar-se-á, ainda, uma resposta ao problema do momento em que, quando for o caso, o ônus da prova é modificado.

Por último, será vista a proximidade entre o preenchimento do *standard* de prova aplicável — e a correspondente valoração da prova produzida — e o ônus da prova.

Espera-se que o desenvolvimento das ideias a seguir delineadas possa contribuir para o engrandecimento das discussões acadêmicas a respeito dos controversos temas que serão tratados, e para, no foro, trazer previsibilidade, segurança e justiça àqueles que vivem a expectativa presente ou potencial de receberem tutela jurisdicional.

## **PARTE I - SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA: A VERDADE, A PROBABILIDADE E O QUE ENTENDER POR PROVA SUFICIENTE.**

### **1 A VERDADE E O PROCESSO**

Há quem questione o fato de ser ou não do interesse do processo civil a busca de verdade. Argumenta-se que o processo teria por finalidade resolver a controvérsia posta em juízo, não discutir a verdade ou a falsidade das teses fáticas levantadas. Aduz-se também que a vedação do uso de provas ilícitas seria um exemplo de que não se busca a verdade com o processo. Diz-se, ainda, que, dirigindo-se a prova apenas aos pontos controvertidos e restando às partes — porque ao réu incumbe impugnar especificamente fatos afirmados pelo autor ou deixar de fazê-lo, tornando, assim, determinados fatos incontroversos —, afinal, a função de decidirem sobre quais afirmações recairá ou não recairá a prova, então não seria objeto do processo procurar a verdade.

Diante desses argumentos, são necessárias algumas investigações.

#### **1.1 FINALIDADE DO PROCESSO E DA JURISDIÇÃO**

A primeira investigação diz respeito à função do processo: trata-se de instrumento para a resolução de controvérsias ou de instrumento destinado à aplicação em concreto do direito material (caso em que, então, a busca da verdade seria importante)?

Para Chiovenda, pode-se definir “jurisdição” como: “a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos

públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”.<sup>1</sup>

Nas reflexões de Carnelutti,<sup>2</sup> a composição da lide (conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida) não se presta para ser definida como o fim do processo, pois é restrita à jurisdição contenciosa. O fim do processo em geral (contencioso e voluntário), para Carnelutti, é o *adimplemento da lei*,<sup>3</sup> ponto de chegada de muitas outras intuições: “atuação da vontade concreta da lei” (Chiovenda<sup>4</sup>); “garantir a observância prática do direito objetivo” (Calamandrei<sup>5</sup>).

Pode-se imaginar que atribuir ao processo a finalidade de solução de controvérsias seja mais adequado ao sistema acusatório. Como ensina Jacob, a justiça civil inglesa tem como uma de suas características fundamentais a adoção do sistema acusatório, que se desenvolve naturalmente na Inglaterra em virtude de exigências sociais cuja causa provavelmente são dois fatores que remontam a 1215: (1) o direito ao julgamento pelos pares (estabelecido pela Magna Carta) e (2) a proibição (pelo Concílio de Latrão) de uso de ordálias. Com a conjunção desses dois fatores, o júri tomou o lugar de formas de juízo que existiam anteriormente (duelo, juramento, *compurgatio* e ordália), substituindo a “inquisição” introduzida por Inocêncio III. Ainda segundo Jacob, no processo inglês o juiz assume um papel passivo, inerte; ao contrário do que se passa na *civil law*.

---

<sup>1</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**: v. 2: as relações processuais: a relação processual ordinária de cognição. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 3.

<sup>2</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958, p. 65-67.

<sup>3</sup> Objeta-se, em escritos pós-positivistas, que autores como Chiovenda e Carnelutti, influenciados pelo contexto histórico do pós-guerra, conferem à atuação da “lei” o sentido que o positivismo da época lhe conferia. De fato, para Chiovenda, a aparente afinidade entre as tarefas do juiz e do legislador — que havia no direito romano — desapareceu, seja em razão do princípio da separação dos poderes, seja em razão do grande número de leis; e a atuação da vontade da lei pede um trabalho de pesquisa dessa vontade, ao que se dá o nome de interpretação (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituzioni di Diritto Processuale Civile**: v. 1: i concetti fondamentali: la dottrina delle azioni. 2. ed., 6. ristampa. Napoli: Jovene, 1957, p. 34-35). No contexto pós-positivista atual, a função do processo como instrumento de atuação da vontade concreta da lei há de ser compreendida no sentido de *atuação do direito material*, admitindo-se abertamente que a decisão judicial é ato de inteligência e também de volição, que a interpretação é em verdade atribuição de sentido, a qual pode conter atividade criativa. Compreendida, assim, a atuação da “lei” como atuação do direito, então as lições de Chiovenda e Carnelutti são, certamente, aproveitáveis.

<sup>4</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições...**, v. 2... *cit.*, p. 3.

<sup>5</sup> CALAMANDREI, Piero. **Límites entre jurisdicción y administración**. In: **Estudios sobre el proceso civil**. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1945, p. 18-50, p. 22.

Os dois modelos refletem não só critérios conceituais diferentes, mas diferentes modos de compreender em que consiste o processo e a que serve o juiz. Para o modelo acusatório, o pressuposto fundamental é que uma causa civil interessa exclusivamente às partes; para o modelo inquisitório, o pressuposto fundamental é que o valor publicístico do direito de ação prevalece sobre o direito subjetivo privado que a parte faz valer em juízo.<sup>6</sup> Jacob assevera que o papel do juiz no modelo inglês *não seria descobrir a verdade*, mas responder à demanda.<sup>7</sup>

O sistema acusatório, observa Jacob, pressupõe que as partes disponham dos mesmos recursos para sua defesa. Do ponto de vista prático, segundo o autor, o que o sistema acusatório faz é acentuar a desigualdade. Diante disso, seria preciso adotar certas medidas, com a finalidade de se entregar uma prestação jurisdicional de acordo com o direito, não de acordo com a capacidade de litigância das partes. A simples substituição, alerta o autor, do sistema acusatório pelo inquisitório, seria equivocada teórica e praticamente. Teoricamente, descuidaria de elementos culturais que norteiam os valores das pessoas e lhes dizem como a justiça é feita. Praticamente, é difícil fazer com que advogados e juízes mudem seus métodos e hábitos de trabalhos para se adequarem ao sistema inquisitório. Além disso, na Europa continental (como no Brasil), os juízes são prevalentemente de carreira, enquanto na Inglaterra são escolhidos entre advogados. Ao ser remodelado o sistema acusatório, dever-se-ia, conclui Jacob, buscar inspiração no *fundamento* do sistema inquisitório: o de que o *interesse público* deve assegurar o correto desenvolvimento do processo. Com isso, o sistema acusatório poderia assegurar uma justiça civil mais eficaz e incisiva.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> JACOB, Jack I. H. **La giustizia civile in Inghilterra**. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 24-27. O autor observa (nota 10, p. 26), que a expressão “modelo inquisitório” remete à introdução, por Inocêncio III, de um processo chamado “Inquisição”, caracterizado pelo poder do juiz de proceder de ofício (por sua própria iniciativa ou pela de um cidadão privado) e de tomar em segredo testemunhos. Nos dias de hoje a expressão não é exata e tem conotação negativa. Seria mais apropriado dizer “modelo investigativo” ou “ativo” ou “interventista”.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 28. Há exceções (nota 12): procedimentos relativos a menores e doentes mentais, administração de fideicomisso e bens de mortos, falência e insolvência.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 34-36.

Uma tendência de aumento dos poderes do juiz e de atenuação (se não abandono) da teoria adversarial foi reconhecida por Cappelletti<sup>9</sup> em muitos países ocidentais, incluindo Inglaterra e Estados Unidos. O autor aponta duas ordens de justificativas para isso. Uma está ligada à eficiência da administração judicial (conferindo-se ao juiz o dever de dar um rápido e ordenado progresso ao processo). Outra é a justificativa social, segundo a qual entender o processo como um negócio privado entre as partes pode estar em conflito (e normalmente está) com a garantia de uma equidade real (e não só formal) entre as partes.

Desde que se afirmou como ramo autônomo do direito, com objeto e método próprios, o processo viu discutida sua alocação como ramo do direito público ou do direito privado. Quem começou a criação de uma ciência processual foi Bülow, com o livro “A teoria das exceções dilatórias e os pressupostos processuais”, de 1868, no qual sustentou que o processo é uma relação jurídica *pública* entre o Estado e as partes. Considerando-se que o Estado faz parte da relação jurídica processual, importa verificar se lhe interessa (ou não) o modo de resolução da controvérsia.

A tutela do interesse, mesmo que individual, discutido em juízo tem uma *projeção social*. Schönke chegou a afirmar que, para o processo, como instituição, em primeiro lugar vem o interesse da coletividade. Para Couture<sup>10</sup>, entretanto, o interesse da coletividade e o individual estão no mesmo plano no processo, porque o Estado não tem, no processo, interesse superior à soma dos interesses individuais. É certo que o processo é para o direito um instrumento de criação, de modo que, atendido o interesse individual, ainda são colateralmente satisfeitos interesses não individuais. Neste sentido, o processo assegura continuidade ao direito. Este é, para Couture, o fim social decorrente da soma de interesses individuais.

---

<sup>9</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation**. Milano: Giuffrè, 1973, p. 750-751.

<sup>10</sup> COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958, p.146-147.

Analisando o sistema processual do ponto de vista da economia, Posner<sup>11</sup> pondera que se a função do sistema legal fosse apenas decidir disputas entre particulares, então os particulares haveriam de pagar todos os custos do sistema. Mas, além disto, o sistema legal estabelece regras de conduta que se destinam a modelar o comportamento futuro. Acrescenta que, do ponto de vista econômico, o objetivo de um sistema processual é minimizar custos e o primeiro é o custo de decisões judiciais equivocadas.<sup>12</sup> Decisões judiciais equivocadas, por sua vez, são não só aquelas que conferem ao direito pleiteado em juízo uma compreensão esdrúxula, mas também aquelas que se baseiam em afirmações que não correspondem à realidade.

Não parece, diante do princípio da demanda, que o fim social do processo, enaltecido pela teoria do processo como instituição, esteja realmente no mesmo patamar da finalidade de entrega às partes dos direitos que lhes foram prometidos pelo ordenamento jurídico material. Com efeito, se cabe ao autor dar início (art. 262 do Código de Processo Civil) — ou não — ao processo civil e, se ele pode — independentemente da concordância do réu ou dependendo desta, conforme a fase processual (art. 267, VIII, e parágrafo 4º, do Código de Processo Civil) —, desistir da demanda, então fica em segundo plano o fim social de o Estado criar o direito, criar jurisprudência, emitir seu posicionamento oficial a respeito do direito posto em juízo e afirmar a autoridade do ordenamento jurídico.

Há um modelo de adjudicação que domina a literatura e o pensamento — ao menos no âmbito da *common law* —, chamado por Fiss<sup>13</sup> de “solução de controvérsias”, segundo o qual o juiz é um terceiro, estranho à controvérsia entre dois indivíduos. A reforma estrutural, surgida, segundo Fiss, nas últimas décadas, questiona as premissas deste modelo de adjudicação. Uma das premissas do modelo de *solução de controvérsias* é a falta de lugar para entidades sociológicas: não há grupos nem sistemas públicos; o modelo é composto apenas de indivíduos e

---

<sup>11</sup> POSNER, Richard A. **El análisis económico del Derecho**. Tradução Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, [s.d.], p. 461.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 516.

<sup>13</sup> FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade** (The law as it could be). Coord. de tradução Carlos Alberto de Salles. Tradução Daniel Porto Godinho da Silva; Melina de Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004, p. 108-112.



a estrutura deste modelo reflete a tendência individualista. Já no processo judicial estrutural há um conjunto de perspectivas e interesses; há representantes, tais como *special masters* e *amicus* das partes. Outra premissa do modelo de *solução de controvérsias* é que não há objetivos ou valores públicos e não importa o modo como o juiz resolve a controvérsia. Já no processo estrutural importam os valores públicos e o processo se desenvolve dentro de uma estrutura da constituição. Outra premissa da *solução de controvérsias* é a de que sem a intervenção das cortes haveria na sociedade uma harmonia natural. Diferentemente, o processo estrutural baseia-se em um ceticismo acerca da distribuição de poderes e privilégios na sociedade.

Taruffo<sup>14</sup> atribui a razões de ordem ideológica a tese de que o processo não busca a verdade por ter o objetivo de resolver a controvérsia. Em consequência dessa tese, como para a resolução do conflito importa dar-lhe a solução mais satisfatória para as partes, a busca da verdade não seria necessária e seria estranha a essa finalidade. O autor pondera que o processo não tem finalidade científica ou de conhecer os fatos simplesmente, mas de apurá-los porque isso é necessário para compor a controvérsia.

Pode-se dizer, assim, que partir de uma determinação verdadeira dos fatos é um bom critério para se resolver os conflitos. No entanto, novamente por razões ideológicas, afirma-se que uma solução pode ser boa independentemente de se fundar em fatos verdadeiros, e que a busca da verdade custa tempo, dinheiro e trabalho.<sup>15</sup>

Especialmente no modelo dispositivo ou adversarial, e supondo-se que o processo fosse *Sache der Parteien* (“coisa das partes”), busca-se acentuar a liberdade, a autonomia e a iniciativa das partes. Segundo Taruffo, o modelo adversarial acaba concebendo a busca da verdade como um desvalor, algo que

---

<sup>14</sup> TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Tradução espanhola Jordi Ferrer Beltrán. 3. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 37-38. Tradução de: **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992.

<sup>15</sup> Ibidem, p. 39

deva ser evitado. Mas não o faz expressamente, pois isso seria embaraçoso.<sup>16</sup> Em vez disto, usa de tautologias, afirmando que a verdade é aquilo a que se chega através do modelo adversarial.

De outro lado, agora com conotação ideológica negativa, ao modelo inquisitivo se associa a busca da verdade, como se só um processo lesivo às garantias pudesse estar interessado em estabelecer a verdade. Conforme observa Taruffo, nem o processo inquisitório busca a verdade por definição (pense-se, por exemplo, em um processo que admita a prova obtida mediante tortura) nem o processo dispositivo/adversarial é incompatível com a verdade. Apenas a ideologia incorporada ao modelo dispositivo é que é uma forma muito difundida de fundamentar o rechaço da busca da verdade como finalidade do processo. A crítica formulada pelos partidários desta ideologia, com base na radicalização da busca obcecada da verdade, é fraca para sustentar que não tenha sentido, no processo, a determinação verdadeira dos fatos.<sup>17</sup>

O projeto de código de processo civil italiano elaborado por Andrea Proto Pisani, em dispositivo (0.8) intitulado “eficiência do processo civil”, estabelece o seguinte: “É assegurado o emprego proporcional dos recursos judiciais em relação ao escopo da justa composição da controvérsia em um prazo razoável, tendo em conta a necessidade de reservar recursos aos outros processos”.<sup>18</sup>

Ao tratar desse projeto, pontuou Caponi<sup>19</sup> que adotar a *justa* composição da controvérsia como escopo do processo estaria em tensão com a concepção de que a administração da justiça está a serviço da atuação da vontade da lei. Esta última concepção relegaria a segundo plano a utilidade que as partes buscam junto à

---

<sup>16</sup> TARUFFO, Michele. **La prueba...** *cit.*, p. 39-42.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 42-44.

<sup>18</sup> PISANI, Andrea Proto. **Per un nuovo CPC**. 2010. Disponível em: <[http://unifi.academia.edu/remocaponi/Books/137150/Andrea\\_Proto\\_Pisani\\_II\\_progetto\\_di\\_un\\_nuovo\\_codice\\_di\\_procedura\\_civile\\_2009](http://unifi.academia.edu/remocaponi/Books/137150/Andrea_Proto_Pisani_II_progetto_di_un_nuovo_codice_di_procedura_civile_2009)>. Acesso em: 06 dez. 2011. Tradução livre do original: “*È assicurato un impiego proporzionato delle risorse giudiziali rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia entro un termine ragionevole, tenendo conto della necessità di riservare risorse agli altri processi*”.

<sup>19</sup> CAPONI, Remo. **O princípio da proporcionalidade da justiça civil**: primeiras notas sistemáticas. Trabalho apresentado no Congresso de Direito Processual, Curitiba, 2010.

jurisdição. Para o autor, em nossa época, o escopo do processo tende a ser a atuação dos direitos das partes; disto resulta que em primeiro plano vêm as utilidades que os indivíduos pretendem com o processo, de modo que a jurisdição não pode ser concebida apenas como função do Estado voltada à atuação do direito no caso concreto, mas, antes disto, como um serviço público destinado à composição de controvérsias segundo a justiça, isto é, de acordo com critérios pré-definidos.

Em outros termos, o processo é um meio público de resolução de controvérsias. Por isto, na resolução das controvérsias postas em juízo, não se espera que o Estado adote qualquer critério de decisão, senão aquele previsto pelo ordenamento jurídico. Como a entrega da prestação jurisdicional há de corresponder àqueles direitos abstratamente previstos no ordenamento jurídico, então a investigação acerca da verdade dos fatos alegados no processo passa a interessar ao processo, na medida em que lhe importa ser um instrumento *justo* (não um instrumento qualquer) de resolução de controvérsias.

Respeitada a observação de Carnelutti supra mencionada, no sentido de que compor controvérsias é objetivo apenas adaptado a feitos da jurisdição chamada “contenciosa” (pois há processos sem controvérsia — os de jurisdição voluntária, aqueles em que verificada revelia etc. —, que algum objetivo hão de ter), pode-se ponderar, com Chiovenda,<sup>20</sup> que a ideia de um instituto deve ser extraída de sua destinação fundamental, não de seu funcionamento prático; e a destinação do processo, ninguém nega, é entregar justiça.

Estabelecido isso e retornando agora à problemática da verdade dos fatos levados a juízo, tem-se que, por uma questão teleológica, se o processo é predisposto à realização da justiça (ou seja, da entrega, em forma de provimento jurisdicional concreto, das promessas abstratamente feitas pelo ordenamento jurídico material), então estabelecer o que efetivamente ocorreu no plano empírico não pode ser considerado algo de menor importância na qualidade da prestação

---

<sup>20</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituzioni...* cit., p. 37.

jurisdicional. Apurados os fatos adequadamente, a chance de boa qualidade da tutela jurisdicional aumenta.

## 1.2 O INTERESSE DO PROCESSO PELA VERDADE E O ÂMBITO RESTRITO DA INCIDÊNCIA DAS PROVAS

Diz-se que, dirigindo-se a prova apenas aos pontos controvertidos e restando às partes — porque ao réu incumbe impugnar especificamente fatos afirmados pelo autor ou deixar de fazê-lo, tornando assim determinados fatos incontroversos —, afinal, a função de decidirem sobre quais afirmações recairá ou não recairá a prova, então não seria objeto do processo procurar a verdade.

O ponto de partida do estudo do tema das provas é o fundamento lógico-jurídico da necessidade de provar: a existência de dúvida. O objeto da prova é o conjunto das alegações das partes que sejam controvertidas (ao menos em regra) e digam respeito a fatos pertinentes e relevantes para o julgamento da causa (e que não sejam notórios ou presumidos).

Ser, em regra, necessário fazer prova só de fatos controvertidos não quer dizer que a verdade dos fatos não importe ao processo. Importa tanto a apuração da verdade dos fatos controvertidos quanto a verdade dos incontroversos.

O art. 334 do Código de Processo Civil estabelece que “não dependem de prova” fatos notórios (inc. I), fatos afirmados por uma parte e confessados pela outra (inc. II), fatos admitidos no processo como incontroversos (inc. III) e aqueles fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade (inc. IV).

Veja-se, porém, que essas situações fazem dispensar a prova, ao menos a princípio, porque o dispositivo legal (art. 334 do Código de Processo Civil) utiliza do raciocínio de que a parte adotou conscientemente comportamento processual que levaria à dispensa da prova em favor da parte contrária (nos casos de

admissão/incontrovérsia), lançando-se mão do princípio da economia processual (pelo qual se deixam de realizar atividades inúteis).

Se, no entanto, há motivos para se acreditar que há, por exemplo, conluio entre as partes para lesar terceiro, então evidentemente o processo não poderá albergar inocentemente essas intenções. Nos termos do art. 129 do Código de Processo Civil: “Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes”.

Para o fim de proferir sentença que obste objetivos ilegais das partes, poderá ser necessária a realização de prova que o juiz, diante do comportamento das partes, terá de determinar sejam produzidas de ofício (“Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo”). E, ainda que seja proferida sentença que dê guarida aos objetivos fraudulentos das partes, baseada em alegações falsas, e que ela transite em julgado, será cabível ação rescisória (art. 485, III, do Código de Processo Civil).

Sendo assim, é inegável que a verdade dos fatos importantes para a aplicação do direito no provimento jurisdicional é do interesse do processo que pretenda ter como resultado tutela justa.

Pode-se dizer, ainda, que, uma vez decorrido o prazo para o ajuizamento da demanda rescisória (dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão rescindenda — art. 495 do Código de Processo Civil), então os fatos mentirosos tidos por verdadeiros passam a ser inquestionáveis.

Conforme ensinou Chiovenda,<sup>21</sup> o juiz “*accerta*” como indiscutível a vontade concreta da lei, mas ele não *accerta* (não certifica) como realmente existentes os fatos (que fazem atuar a vontade concreta da lei): “os fatos são aqueles que são e o Estado não pode pretender dá-los por verdadeiros”. A sentença vale (tem autoridade

---

<sup>21</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituzioni...* cit., p. 37. (Tradução livre).

de coisa julgada e é exigível) como expressão da vontade do Estado, não pelas premissas lógicas que ela contém.

Ou seja, a verdade dos fatos que darão fundamento ao provimento jurisdicional é importante para o juiz até o momento em que profere a sentença, e para as partes, terceiros interessados e Ministério Público até o momento em que possam impugnar as decisões judiciais. Depois disso, outra ideia passa a ser mais importante, a de pacificação *definitiva* da controvérsia, porque para a pacificação com *justiça* já se laborou o bastante.

Em conclusão, se pacificação social com justiça é o escopo que se pretende dar ao processo e se não se pretende uma “justiça” aleatória, mas uma justiça lastreada nos fatos efetivamente ocorridos, verificados de acordo com nossas limitadas capacidades e os esforços que estamos socialmente dispostos a empenhar com a apuração da verdade, então não há, novamente, como negar que a apuração da verdade seja essencial ao processo justo.

### 1.3 O INTERESSE DO PROCESSO PELA VERDADE E A VEDAÇÃO DO USO DE PROVAS ILÍCITAS E OUTRAS REGULAÇÕES LEGAIS LIMITADORAS DO CONHECIMENTO DOS FATOS

Aduz-se também que a vedação do uso de provas ilícitas seria um exemplo de que não se busca a verdade com o processo.

O argumento também não convence, na medida em que a regulação do processo nos tempos atuais é reflexo daquilo que hoje se tem por um processo que seja justo não só para se chegar a um resultado justo como também para evitar efeitos colaterais não desejados e violadores de valores que poderão ser considerados de maior importância do que a apuração da verdade.

A regulação da eficácia ou ineficácia de provas não guarda relação epistemológica com a busca da verdade, mas tem razões jurídicas outras.<sup>22</sup>

Como acentua Cappelletti,<sup>23</sup> a tendência do ativismo judicial e da busca da “verdade objetiva” andavam de mãos dadas com a tendência de se abolir regras *a priori* e vinculantes de exclusão e introdução de provas. A tendência era no sentido de se introduzir um sistema de livre admissão e avaliação da prova, confiando-se na habilidade do juiz de fazer inteligente e indutivo uso das evidências, sem regras rígidas e abstratas de admissão e avaliação. Mas, nas últimas décadas, uma nova concepção de processo justo limitou essa tendência em favor de valores como privacidade, liberdade, dignidade e livre desenvolvimento da personalidade humana. Isso fez com que fossem introduzidas *novas* regras de exclusão, que *não* refletem uma metodologia formalista e escolástica na determinação da verdade; pelo contrário, tais regras de exclusão são o preço conscientemente pago pelas sociedades liberais para se protegerem valores e liberdades.<sup>24</sup>

Como bem acentua Jordi Ferrer Beltrán,<sup>25</sup> a averiguação da verdade dos fatos é o objetivo da instituição probatória no processo judicial, o que não quer dizer que seja o único objetivo.

---

<sup>22</sup> Neste sentido: TARUFFO, Michele. **La Prueba...** *cit.*, p. 183.

<sup>23</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Fundamental...** *cit.*, p. 761-766.

<sup>24</sup> O problema é encontrar o equilíbrio entre custo e benefícios. Cappelletti (*Op. cit.*, p. 761-766) pondera que doutrinas como a do “fruto da árvore envenenada” expressam a vontade de se manter a ideia de exclusão de provas ilícitas como um “problema de princípio”. Os americanos estabeleceram alguns limites no preço que estavam dispostos a pagar. O autor relata que um desses limites é que não iriam excluir provas obtidas ilicitamente por pessoas privadas (apenas pelo Estado). Outro limite é que não iriam excluir a prova ilícita no processo civil, apenas no processo penal. Outros países acharam tais limites injustificáveis: valores fundamentais não são menos fundamentais quando violados por particulares (do que quando violados pelo Estado). Em anos recentes surgiram reações nos EUA contra a rígida aplicação de exclusão de provas ilícitas. Os alemães, após a 2ª Guerra Mundial, resolveram que estavam prontos para a exclusão de provas ilícitas, nos processos civil e penal, quer fossem elas obtidas por agentes públicos ou por particulares. Só em casos excepcionais as cortes alemãs admitiram provas obtidas de forma inconstitucional, desde que tal obtenção fosse o único meio possível e razoável para — no caso concreto — proteger outros valores fundamentais mais urgentes, como, por exemplo, no caso de gravações secretas de ameaças feitas com o propósito de extorsão. O critério alemão da proporcionalidade poderia se tornar perigoso; mas poderia ser um ingrediente importante para a salvaguarda de princípios básicos, desde que aplicado só em casos excepcionais em que o princípio iria produzir resultados desproporcionais e repugnantes.

<sup>25</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madri: Marcial Pons, 2007, p. 31.

Em conclusão, a busca da verdade importa sim para a construção de um processo justo. Apenas não se busca a verdade a qualquer custo, na medida em que um ordenamento jurídico composto por uma constelação de valores da mais alta importância demanda que eles sejam acomodados de forma a proporcionar sua maior eficácia possível, levando-se em consideração também valores não necessariamente epistemológicos.

#### 1.4 TEORIAS QUE NEGAM A *POSSIBILIDADE* DE ALCANCE DA VERDADE NO PROCESSO CIVIL

Há três ordens de argumentos que negam a possibilidade de se obter a verdade através do processo civil: há os argumentos de ordem teórica, os de ordem ideológica e os de ordem prática.<sup>26</sup>

Do ponto de vista teórico, o ceticismo filosófico nega a possibilidade de se saber a verdade acerca de qualquer realidade. Como acentua Taruffo,<sup>27</sup> quem está de acordo com as teorias idealistas ou irracionalistas que negam a possibilidade de verdade teria de declarar expressamente que o conceito de prova não tem qualquer significado. No processo civil, porém, existe uma “teoria da prova”, de modo que a prova (bem como a verdade que por meio dela se busca), para o processo civil, tem de ter algum significado.

Para a teoria da impossibilidade ideológica, o processo não busca a verdade, uma vez que tem apenas o objetivo de resolver a controvérsia, tese que já foi analisada supra, no item 1.1.

Por último, há aqueles que defendem a impossibilidade de se chegar à verdade no processo por razões práticas, uma vez que o tempo para a tomada de decisões no processo é limitado, há limitações legais para o uso de meios de

---

<sup>26</sup> A classificação é de TARUFFO, Michele. *La Prueba...* cit., p. 29-47.

<sup>27</sup> Ibidem, p. 36.



provas, existem ainda hoje previsões legais de provas tarifadas, há um sistema de preclusões etc.

Isso tudo junto não é suficiente para autorizar a conclusão de que a determinação verdadeira dos fatos objeto de prova não seja um dos objetivos do processo.<sup>28</sup> É evidente que a procura por uma verdade absoluta, independentemente do respeito por qualquer outro valor albergado pelo ordenamento jurídico, não é digna de atenção. O problema passa a ser, então, quais verdades relativas e razoáveis podem ser determinadas.

A capacidade do processo para alcançar a verdade pode ser maior ou menor. Pode-se dizer, por exemplo, que será pequena se for limitado o emprego de meios de prova e se houver grande emprego de provas tarifadas. Tenderá a ser, de outro lado, maior, caso as provas relevantes sejam admissíveis e sujeitas à livre apreciação do juiz.<sup>29</sup>

Existe também o argumento de que, por ser regrada a busca de determinação dos fatos no processo, a verdade processual nada teria em comum com a verdade extraprocessual. A afirmação, porém, não tem fundamento. As normas legais que regulam a admissão, a produção e a valoração da prova, bem como a determinação dos fatos, são residuais. Ou seja, elas afetam apenas alguns aspectos do processo, que tendem a se reduzir conforme maior campo seja aberto para a valoração livre, mas racional, da prova, e para a ampla admissão das provas.<sup>30</sup>

Além disto, essas limitações impostas pelo ordenamento jurídico à forma de determinação dos fatos no processo não excluem que a construção da verdade intraprocessual tenha de passar também por critérios lógicos e epistemológicos comuns a qualquer forma de apuração da verdade (científica, histórica etc.). Em questões que não estejam cobertas por provas legais ou por vedações jurídicas, os

---

<sup>28</sup> Neste sentido: TARUFFO, Michele. **La Prueba...** *cit.*, p. 46.

<sup>29</sup> Neste sentido: *Ibidem*, p. 47.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 72.

critérios de verdade são aqueles mesmos que valem para fora do processo, de modo que as diferenças não autorizam a construção de um conceito autônomo de verdade processual.<sup>31</sup>

Só faz sentido falar-se, tanto no processo quanto fora dele, em verdades relativas.<sup>32</sup> Em qualquer campo o ser humano tem limitações para a apuração da verdade. As verdades históricas, científicas, físicas, matemáticas etc. também estão sujeitas à crítica. Como acentua Habermas,<sup>33</sup> estamos condenados — com nosso espírito finito e limitado — a nos contentar “com a aceitabilidade racional como *uma prova suficiente da verdade*”.

Em razão de termos de admitir que qualquer conclusão acerca da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre fatos está sujeita a erro é que a tese conceitual acerca da verdade está hoje em franca decadência. De acordo com essa tese, a verdade de uma proposição seria condição para que a proposição estivesse provada; não se conta, assim, com a possibilidade de que se considere — equivocadamente — comprovada uma afirmação que não corresponde com a verdade. Diferentemente, a tese teleológica sustenta haver uma relação de meio e fim entre prova e verdade, isto é, a prova não se define pela verdade do enunciado que é admitido como provado, mas o objetivo último da atividade probatória é averiguar a verdade das afirmações acerca dos fatos.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> TARUFFO, Michele. **La Prueba...** *cit.*, p. 73.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>33</sup> HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004, p. 255.

<sup>34</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 2005, p. 55-56. Como bem observa o autor, o objetivo *institucional* da atividade probatória é a busca da verdade, o que não quer dizer que o objetivo dos sujeitos processuais seja este. Isso, acentua o autor, não é exclusividade do processo, haja vista que os motivos individuais de qualquer cientista (por exemplo, alcançar notoriedade, riqueza, dar vazão à curiosidade) podem também não se identificar com os objetivos da ciência.

## 1.5 O QUE SE DEVE ENTENDER POR “VERDADE” NO PROCESSO?

Pode-se assumir a definição de “verdade” como sendo a *correspondência* entre, de um lado, as afirmações sobre um determinado fato e, de outro, aquilo que efetivamente ocorreu no plano empírico. De acordo com a clássica noção de verdade como correspondência (Tarski<sup>35</sup>), uma determinada proposição “*p*” é verdadeira se (e apenas se) no caso ocorre “*p*”.

Neste ponto é preciso ressaltar a distinção fundamental entre uma proposição “verdadeira” e outra proposição “tida por verdadeira” em um determinado contexto, como, por exemplo, em um processo. Este é o ponto de partida que pode resolver muitas questões mal colocadas na relação entre prova e verdade.<sup>36</sup> O que depende de uma decisão judicial não é a verdade de uma afirmação sobre um fato, mas sim considerar/aceitar como verdadeira essa afirmação.<sup>37</sup>

Embora esta teoria da correspondência forneça um conceito de verdade, ela não apresenta os métodos para se chegar a ela.<sup>38</sup> Como acentua Susan Haack,<sup>39</sup> a correspondência (entre fato afirmado e fato existente no mundo) fornece uma *definição* de verdade, ao passo que a coerência fornece um *critério* de verdade, isto é, um critério para se saber (por meio de um teste) se o enunciado é verdadeiro.

Apenas a coerência interna de um discurso, porém, não é suficiente para se concluir que ele seja verdadeiro, se parte de pressupostos falsos.

A teoria do agir comunicativo de Habermas (que não é incompatível com a teoria da correspondência<sup>40</sup>) advoga que a verdade é estabelecida pelo consenso, a partir de critérios racionais adotados em determinado contexto. Assim, para

<sup>35</sup> TARSKI, Alfred. **The Concept of Truth in Formalized Languages**, 1931.

<sup>36</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba...** *cit.*, p. 73.

<sup>37</sup> Ibidem, p. 74.

<sup>38</sup> A observação é de TARUFFO, Michele. **La Prueba...** *cit.*, p. 170.

<sup>39</sup> HAACK, Susan. **Filosofia das Lógicas** Tradução Cesar Augusto Mortari, Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Unesp, 2002, p. 130. Tradução de: **Philosophy of Logics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1978.

<sup>40</sup> TARUFFO, Michele. **La Prueba...** *cit.*, p. 175.

Habermas, é verdadeiro o enunciado que, numa situação ideal de fala, é hábil a encontrar um acordo obtido pela argumentação, ou, em outras palavras, “é verdadeiro aquilo que pode ser racionalmente aceito em circunstâncias ideais”.<sup>41</sup>

Veja-se que, no processo germânico primitivo, havia um consenso no sentido de que a verdade era revelada por ordálias. Walter<sup>42</sup> noticia que na época primitiva do processo germânico só havia três meios de prova: o juramento, o duelo e o juízo de Deus. Nenhum deles é racional, ao menos não no sentido que hoje compreendemos esta palavra: não era o homem — o juiz, o espectador da prova, o cidadão — quem concluía pela prova da veracidade ou da falsidade de uma determinada afirmação, mas o destino. E o ser humano não era capaz de “acompanhar” esse “raciocínio” do destino.

Nas sociedades ocidentais atuais, não se entende mais que a verdade possa ser assim obtida (a não ser por acaso). Isso porque hoje adotamos outros critérios para concluir pela verdade de uma determinada narrativa de como os fatos tenham ocorrido, que procuramos justificar racionalmente.

O problema para se buscar a determinação da verdade dos fatos no processo passa a ser observar quais sejam os critérios racionais consensuais válidos para este fim.

Entre o desconhecimento total e o conhecimento da verdade absoluta há vários graus, conforme os elementos de conhecimento a favor da hipótese de que a descrição corresponde à realidade.<sup>43</sup>

Para se poder concluir, no processo, que uma determinada proposição está provada, é necessário e suficiente que se disponha de elementos de juízo

---

<sup>41</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 251.

<sup>42</sup> WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**. Bogotá: Temis, 1985, p. 66-67. Tradução de: **Freie Beweiswürdigung**. Tübingen: J. C. B. Mohr; Paul Siebeck, 1979.

<sup>43</sup> TARUFFO, Michele. **La prueba...** *cit.*, p. 180. É claro que, diante das limitações da capacidade humana de conhecimento, sempre que se tratar da apreciação da prova por seres humanos o máximo ponto de conhecimento que se pode almejar atingir não poderá ser o de verdade absoluta. Este sentido de verdade humanamente possível é o único sentido que sensatamente se pode atribuir ao termo “verdade” no processo (Neste sentido: *Ibidem*, p. 182).

*suficientes* em favor desta proposição, elementos estes que tornem esta proposição uma descrição *aceitável* dos fatos do caso.<sup>44</sup>

Feita essa observação, pode-se retornar à ponderação de que, entre a falta total de conhecimento dos fatos necessários à apreciação de uma causa e o conhecimento máximo possível, há situações intermediárias que merecem tratamento processual adequado.

Note-se que esta conclusão (de que há uma diversidade de situações intermediárias no conhecimento dos fatos) é incompatível com a tese de que haveria uma relação conceitual entre prova e verdade: se a verdade fosse condição para que uma proposição fosse provada, a prova não admitiria gradações.<sup>45</sup> Se, porém, se assume que a relação entre prova e verdade é teleológica (ou seja, a prova tem por finalidade investigar a veracidade das proposições sobre os fatos discutidos no processo), então não há dificuldade em se admitir que haverá instruções probatórias com maior ou menor êxito e que haverá demandas com exigência de um maior ou menor grau de confirmação das hipóteses.

---

<sup>44</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba...** *cit.*, p. 69.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 69.

## 2 OS GRAUS DE ACERTAMENTO DOS FATOS

### 2.1 VEROSSIMILHANÇA E PROBABILIDADE. DEFINIÇÕES

Segundo Taruffo,<sup>46</sup> na doutrina italiana a análise do conceito de “verossimilhança” teria se fundado em um equívoco — não eliminado — introduzido por Calamandrei. Isso porque se teria traduzido o vocábulo alemão “*Wahrscheinlichkeit*” por “verossimilhança”, quando ele também significa “probabilidade”. No ensaio de Calamandrei,<sup>47</sup> conforme Taruffo, dois significados diferentes se reconduzem a um só: (a) aparência da verdade de uma alegação fática antes da produção da prova e (b) probabilidade (de acordo com as provas) de que a alegação seja verdadeira. Para Taruffo, tratam-se de conceitos jurídicos diferentes, embora, na língua alemã, designados pela mesma palavra.

Para Taruffo, “verdade” e “probabilidade” (b) se referem à existência de elementos de convicção sobre a veracidade de uma afirmação, não à similitude à verdade da afirmação, enquanto a “verossimilhança” (a) independe de elementos de convicção.

Ao menos em língua portuguesa, a distinção é bastante questionável. Em primeiro lugar, diante do sentido das palavras. Segundo Aurélio,<sup>48</sup> “verossímil” é adjetivo que significa “1. Semelhante à verdade; que parece verdadeiro. 2. Que não repugna à verdade; *provável*”. Por sua vez, “verossimilhança” é substantivo que significa “1. Qualidade ou caráter de verossímil ou verossimilhante; verossimilitude, verossimilidade: ‘Quem quer que a ouvisse, aceitaria tudo por verdade, tal era a nota sincera, a meiguice dos termos e a verossimilhança dos pormenores’ (Machado de Assis, *Quincas Borba*, p. 285)”. A par disso, “provável” é adjetivo que indica “1. Que

---

<sup>46</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba...* cit., p. 183-185.

<sup>47</sup> CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel Processo Civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, vol. 10, parte 1, 1955, p. 164-192.

<sup>48</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fronteira, 1986.

se pode provar. 2. Que apresenta probabilidades de acontecer: É provável que jante comigo hoje. 3. Que tem aparência de verdadeiro; *verossímil*: É mais do que provável a data do descobrimento do Brasil: 22 de abril de 1500; ‘Vive [a pedra]? É possível. Morre? É provável’ (Hermes-Fontes, Gênese, p. 34)”. E “*probabilidade*” é substantivo que significa “1. Qualidade de provável. 2. Motivo ou indício que deixa presumir a verdade ou possibilidade dum fato; *verossimilhança*”.

Observa-se que, ainda que etimologicamente se pudesse dizer que “verossímil” e “verossimilhança” são palavras que indicam “semelhança à verdade” e que “provável” e “probabilidade” dizem respeito “àquilo que se pode provar ou que se tem chance de provar”, muitas vezes “verossímil” e “provável” são usadas como sinônimos, assim como são usadas como sinônimas “verossimilhança” e “probabilidade”.

Além disso, na relação jurídica processual, ao menos a partir de um momento, deixa de fazer sentido diferenciar (a) a aparência da verdade de uma alegação fática antes da produção da prova e (b) a probabilidade (de acordo com as provas) de que a alegação seja verdadeira.

É que, a partir de um momento processual, provas terão sido produzidas, e aí a simples similitude das alegações à verdade não terá mais proveito se não estiver respaldada por elementos de juízo ou, pelo menos, pela inexistência de elementos de juízo em sentido contrário à verossimilhança das alegações. E veja-se que em nossa sistemática processual a prova *documental* há de ser trazida aos autos com as alegações (art. 396 do Código de Processo Civil), de modo que, nos casos em que a prova dos fatos se faz por meio documental, o simples *parecer* que as alegações são verdadeiras não tem funcionalidade processual<sup>49</sup> se essas alegações não estiverem respaldadas pela probabilidade de veracidade das afirmações fáticas, conforme decorra dos documentos.

---

<sup>49</sup> A não ser excepcionalmente, quando motivos de ordem cautelar autorizem que se postergue o advento de um determinado documento aos autos, o qual por motivo justificado ainda não foi juntado.

Se se quer ser claro no uso dos termos em processo, então melhor será não dizer apenas “verossimilhança” ou “probabilidade” desacompanhadas de complemento, mas “verossimilhança da afirmação X ou Y, antes da produção de prova” e “probabilidade de veracidade da afirmação X ou Y, de acordo com a prova”.

Observe-se, porém, que a proximidade dos conceitos e o possível intercâmbio de seus conteúdos podem ser tamanhos que isso pode haver sido fundamental para que, na língua alemã, só exista a palavra “*Wahrscheinlichkeit*” para expressar tanto “probabilidade” quanto “verossimilhança”. “*Wahr*”, em alemão, é o adjetivo “verdadeiro”; “*Schein*” é o substantivo “aparência”; “*scheinen*” é o verbo “parecer”; “*wahrscheinlich*” é o adjetivo “provável” ou “plausível” e “*Wahrscheinlichkeit*” é o substantivo “probabilidade” ou “verossimilhança”, é aquilo que tem aptidão para parecer verdadeiro. Uma afirmação pode ter aptidão para parecer verdadeira já quando simplesmente narrada, e continuar com esta chance de ser verdadeira depois de verificação por provas. Este *momento* de verificação da aptidão de uma afirmação para parecer verdadeira (antes ou após análise de provas) não conduziu os alemães a atribuírem nomenclatura distinta ao substantivo que nomeia esta aptidão (“*Wahrscheinlichkeit*”).

Imagine-se uma situação processual em que inicialmente um determinado fato é narrado de maneira verossímil; durante a instrução processual, porém, reúnem-se fortes elementos de convicção no sentido contrário à veracidade daquela narrativa. Pode-se, ainda assim, dizer que aquela narrativa é verossímil? A resposta há de ser negativa, em razão de um dos significados correntes em língua portuguesa para a palavra “verossímil”: não é mais verossímil a afirmação inicial, ela — diante das provas — não mais parece ser verdade. E a verossimilhança apenas da narrativa, abstraindo-se das provas em contrário, já não é mais de qualquer utilidade para o processo. Em todo caso, usa-se, correntemente, a “verossimilhança” também atrelada à existência de elementos de convicção, de modo que não pode o Direito querer atribuir a esta palavra um significado exclusivo e diferente do comum, excluindo um sentido comumente atribuído à verossimilhança.

Reitero, se se quer um conceito mais restrito, de “verossimilhança” apenas da alegação — sem relação com provas — e de “probabilidade” apenas após



analisadas as provas, então que se criem termos ou expressões adequadas a evitar confusão com o uso comum das palavras.

## 2.2 O PÊNDULO ENTRE A PROVA TARIFADA E A LIVRE APRECIÇÃO DAS PROVAS

Em termos teóricos, pode-se dizer que, pelo sistema de prova legal, há regras que predeterminam qual o valor a ser atribuído a cada tipo de prova; pelo sistema de livre valoração, a eficácia de cada prova segue critérios de valoração baseados essencialmente em pressupostos da razão.<sup>50</sup>

Com a finalidade de livrar o processo da discricionariedade do juiz, o processo canônico foi pródigo em estabelecer, por presunções, todas as possibilidades de prova indiciária. Porém, nem todas as presunções expressavam experiências realmente observáveis na vida (não eram máximas da experiência real), o que conduziu, segundo Walter,<sup>51</sup> à “bancarota de uma jurisprudência razoável e justa”. O começo do processo canônico foi regido pela apreciação livre da prova, mas o temor de subjetivismo do juiz levou à sua decadência. Por outro lado, processo secreto, tortura e outros expedientes judiciais levaram à conclusão de que, para que a apreciação da prova fosse livre, era preciso mais que a ausência de preceitos regradores da sua apreciação.<sup>52</sup>

Conforme Walter,<sup>53</sup> na época primitiva do processo germânico só havia três meios de “prova”: o juramento, o duelo e o juízo de Deus; nenhum deles racional, ao menos não no sentido que hoje compreendemos esta palavra. Não era o homem — o juiz — quem concluía pela prova da veracidade ou da falsidade de uma determinada afirmação, mas o destino, de modo que não se podia falar em livre *apreciação* da prova. Os meios de prova foram trocados gradativamente, passando

---

<sup>50</sup> TARUFFO, Michele. **La Prueba...** *cit.*, p. 387.

<sup>51</sup> WALTER, Gerhard. **Libre apreciación...** *cit.*, p. 38-39.

<sup>52</sup> Ibidem, p. 44.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 66-67.

a ser racionais — no sentido de passarem a ser apreciados pela razão humana — e, com isto, passou a haver um encaminhamento no sentido da livre *apreciação* das provas.<sup>54</sup> O processo penal, porém (diferentemente do processo civil), caiu em abomináveis excessos (inclusive com o uso de tortura para serem obtidas confissões, sob a ideia de que a confissão era necessária para a condenação).

Taruffo<sup>55</sup> noticia que a fonte primária inicial do sistema de prova legal (observável já no século XIII e, depois, de forma mais rígida, no direito comum) eram a doutrina e a racionalidade da época, mais do que a lei. Com isso, segundo o autor, reduzia-se o risco de arbitrariedades e se eliminavam provas ilegais baseadas em “juízos de Deus”. Foi com as codificações que a prova legal deixou de ser um fenômeno doutrinal e cultural e passou a ser normativo (no sentido de ser então legislado); também deixou de ser um *sistema* de prova e passou a se referir a apenas alguns meios de prova, passando a ser regra geral a livre convicção.<sup>56</sup>

Monteleone relata que a revolução francesa substituiu o sistema de provas legais pela verdade “material” e pelo livre convencimento, acrescentando que o *Tribunal révolutionnaire* (1793-1795) tinha uma forma processual exterior que deveria servir para dar cobertura a objetivos estranhos à justiça (o terror).<sup>57</sup> O método utilizado pelo tribunal, detalha, consistia em pré-constituir falsas acusações e falsas testemunhas e enviá-las a juízo para obter condenações à morte. Ilustra contando que, em 2 de abril de 1794, Robespierre decide livrar-se de seu rival Danton, fazendo com que ele fosse processado perante o tribunal revolucionário; Fourquier, temendo que Danton fosse absolvido, escreve uma carta à Convenção, apontando um suposto defeito na lei que impedia ao tribunal de fazer justiça de modo rápido e eficaz; em 4 de abril, a Convenção elabora um decreto *ad personam* permitindo a condenação à morte depois de três dias. Em 10 de junho de 1794, foi

---

<sup>54</sup> WALTER, Gerhard. **Libre apreciación...** *cit.*, p. 66-67.

<sup>55</sup> TARUFFO, Michele. **La Prueba...** *cit.*, p. 388-389.

<sup>56</sup> Ibidem, p. 390.

<sup>57</sup> MONTELEONE, Girolamo. Alle origine del principio del libero convincimento del giudice. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, ano 63, 2. série, n. 1, 2008, p. 125-127, 2008.

emanada a lei que, em seu artigo 8, previa dois princípios em matéria de prova: a busca da verdade “material” e o do livre convencimento.<sup>58</sup>

Para Monteleone, haveria uma ligação “indissolúvel” entre os princípios da busca da verdade “material” e do livre convencimento, de um lado, e o uso arbitrário do processo, de outro.<sup>59</sup> Veja-se, porém, que, para chegar a essa conclusão Monteleone usa de um exemplo extremo (o tribunal revolucionário francês, que implantou o regime de Terror) em que, além de tais princípios (da busca da verdade “material” e do livre convencimento) serem apenas parte de um discurso novo dissociado da prática (não se buscava realmente a verdade, mas pretextos para condenações), não havia outras preocupações (hoje tidas por inafastáveis), tais como a verificação da veracidade dos documentos apresentados e das declarações prestadas pelas testemunhas, a defesa técnica etc. Atente-se para o fato de que o resultado processual desastroso do tribunal revolucionário francês, em primeiro lugar, não pode ser imputado à busca de verdade (não era a “verdade” o que se buscava, eram pretextos para condenações à morte) e ao livre convencimento (não é possível falar-se em livre convencimento com provas falsas). Ademais, o sistema processual não é feito de um só princípio, mas de um conjunto deles, que apenas juntos podem ter como resultado um sistema aceitável.

No estudo do direito comparado, Damaska<sup>60</sup> relata que no direito continental europeu não se nega que alguns problemas tenham de ser resolvidos por discricionariedade do juiz, mas a discricionariedade é tolerada apenas como último recurso e apenas quando não é possível divisar regulação satisfatória. O aparato judicial continental desenvolveu elaboradas regras sobre a prova necessária para encontrar fatos, de modo que a cogência da atitude legalista não deixa a evidência livre ao juiz. Para Damaska, quando as provas legais foram descartadas, isto não foi uma retratação da atitude legalista-burocrática, mas um ato de desespero, porque era impossível determinar antecipadamente o impacto específico das várias configurações concretas da prova.

---

<sup>58</sup> MONTELEONE, Girolamo. *Op. cit.*, p. 128.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 130.

<sup>60</sup> DAMASKA, Mirjam R. **The Faces of Justice and State Authority: a Comparative Approach to the Legal Process**. New Haven; London: Yale University Press, 1986, p. 54-56.

Só quando foram compreendidos os defeitos das disposições legais apriorísticas para a prova dos fatos é que se compreendeu a existência de outras formas de defesa contra arbitrariedades judiciais; nesses períodos ressurgia o princípio da livre apreciação da prova. Basta observar que o dever de fundamentar e a publicidade do procedimento se fizeram presentes quando a apreciação da prova não era regrada e desapareciam com a entrada da teoria das provas legais. Convém recordar isto hoje, quando são assinalados os limites da apreciação livre da prova.<sup>61</sup>

Tanto o sistema da *common law* quanto o da *civil law* descendem do direito romano. Mas enquanto este último conservou a estrutura dos procedimentos da *actio*, aquele preservou a função reservada ao pretor. Isso tem explicação, em parte, nas diferentes formas pelas quais operaram as revoluções na Inglaterra e no continente. Neste se consagraram o racionalismo e o absolutismo estatal, enquanto na Inglaterra foram conservadas algumas formas culturais próprias da Idade Média, tendo sido a Revolução Inglesa mais gradual. A conservação do direito comum inglês foi uma força positiva no surgimento da Inglaterra como Estado-nação; mas, no continente, a revolução procurou rechaçar a antiga ordem jurídica. No continente, a procura de certeza do direito e a desconfiança da magistratura pós-revolução francesa produziram um sistema de organização judiciária burocrático, com a submissão da função do juiz ao controle tanto de cortes judiciárias quanto de órgãos de outros poderes.<sup>62</sup>

A posição herdada pelo juiz no *civil law* moderno corresponde ao *iudex* romano: o juiz da *civil law* não é tradicionalmente considerado parte da atividade criadora, desempenhando função muito mais modesta que a do juiz da *common law*.<sup>63</sup> Difundiu-se a ideia (teorizada por Montesquieu) de que o exercício de atividade criativa pelo juiz contradizia a divisão dos poderes. Além disso, sendo o objetivo do processo continental pós-revolução francesa a busca

---

<sup>61</sup> WALTER, Gerhard. *Op. cit.*, p. 94-95.

<sup>62</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: RT, 1996, p. 102-103.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 104.

desinteressada/neutra da verdade, sob a influência de teorias racionalistas, idealistas e iluministas, repudiavam-se os juízos de verossimilhança.<sup>64</sup>

Da aplicação do racionalismo sobre o direito processual decorrem o predomínio da segurança em detrimento da justiça e a formação do “espírito científico moderno”, com a consequente submissão do pensamento jurídico aos métodos e aos princípios aplicáveis às ciências da natureza. A segurança levou às codificações (e, na Inglaterra, ao respeito aos precedentes): enquanto o direito inglês procura segurança no direito, os sistemas da Europa continental deram-se por satisfeitos com a segurança da lei, independentemente de justiça.<sup>65</sup> A “*aequitas*”, no direito romano clássico, que mais diretamente inspirou o direito inglês, era algo intrínseco ao sistema jurídico: podia ocorrer que uma determinada norma fosse considerada iníqua, por discrepar do sistema jurídico global. De outro lado, no direito romano justinianeu (imperial, burocrático e autoritário, transmitido ao direito continental através do direito canônico medieval), a “*aequitas*” passa a ser concebida como um ideal de justiça, que se coloca como um critério extralegal de correção da lei (não mais dentro do próprio sistema jurídico).<sup>66</sup>

A prova legal dos códigos era caracterizada por ser formalista e produzir resultados que não se podiam contestar. Estes resultados não tinham relação com as máximas da experiência, de modo que, portanto, não eram racionais (a não ser no sentido de eliminar dúvidas).<sup>67</sup>

Diferentemente, no âmbito do sistema da livre convicção havia um espaço de circulação de fórmulas difundidas, mas de conteúdo incerto.<sup>68</sup> Esse vazio de racionalidade tem pontos positivos e negativos. Como ponto positivo, deixa espaço para o preenchimento dos critérios de valoração da prova por conteúdos que levem em conta o contexto cultural e social. De outro lado, não há segurança sobre a racionalidade do preenchimento, de modo que a falta de critérios racionais para o

---

<sup>64</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Op. cit.*, p. 129.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 104-5.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 96-97.

<sup>67</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba...* *cit.*, p. 392-393.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 396-397.

livre convencimento abre espaço para a intuição irracional na elaboração de juízos de fato. Mas o total irracionalismo/subjetivismo ou o total fechamento do sistema de provas por provas legais não são as únicas opções: podem-se usar critérios racionais para a determinação judicial dos fatos.<sup>69</sup>

A reação à irracionalidade encontrável na prova tarifada veio não só com a defesa de um sistema de livre apreciação da prova, mas também com um passo além, contrário à tradição psicologista (da *intime conviction* francesa), para em seu lugar se criar uma tradição racional de valoração da prova.

Como ensina Jordi Ferrer Beltrán,<sup>70</sup> a tradição jurídica ocidental, ao tratar da *livre* valoração da prova, deu especial acento ao “*livre*”, outorgando ao julgador a faculdade de julgar segundo sua consciência, sem qualquer tipo de limites. Isto é o que se pode chamar de uma concepção *persuasiva* da livre valoração da prova, que tem as seguintes características: apela à íntima convicção do juiz como critério decisório; adota uma versão forte do princípio da imediação; faz exigências fracas ou inexistentes de motivação acerca da decisão sobre os fatos (a motivação é reduzida à explicação das causas que levaram o juiz a *crer* na ocorrência do fato); usa de um sistema de recursos que limita extraordinariamente a revisão de decisões sobre fatos. Como se verifica, trata-se de um sistema carente de racionalidade do ponto de vista epistemológico.

Ao lado dessa concepção persuasiva existe a concepção — hoje em vertiginosa ascensão — *racionalista* da livre valoração da prova, segundo a qual: a valoração da prova dá-se com recurso ao método de corroboração e refutação de hipóteses; adota-se uma versão fraca ou limitada do princípio da imediação; há uma forte exigência de motivação; adota-se um sistema de recursos que oferece ampla

---

<sup>69</sup> TARUFFO, Michele. **La prueba...** *cit.*, p. 397-400. Taruffo (**La prueba...** *cit.*, p. 423-426) apresenta alguns critérios de racionalidade na valoração da prova: a) não usar métodos irracionais segundo a cultura comum; b) usar adequadamente todos os dados empíricos existentes; c) realizar inferências adequadas passo a passo; d) usar somente máximas sobre as quais haja consenso; a inferência que resulta da máxima deve levar em conta a natureza específica da máxima usada; e) para inferências pautadas em probabilidades podem-se usar dados estatísticos; f) levar em conta todos os elementos de prova, elaborando raciocínios internamente coerentes e identificando a hipótese mais aceitável sobre os fatos (segundo o critério da aceitabilidade prevalente).

<sup>70</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración...** *cit.*, p. 62-65.

possibilidade de revisão das decisões em instância superior. O que justifica a decisão, no modelo *racionalista*, não é a crença do destinatário da prova de que o fato em questão tenha ocorrido, mas sim que a proposição sobre o fato em questão esteja corroborada por elementos de juízo.

### 2.3 DA VEROSSIMILHANÇA/PROBABILIDADE NECESSÁRIA E SUFICIENTE PARA A SATISFAÇÃO DO STANDARD DE PROVA

O problema central a respeito da constatação de fatos no processo é se é sempre exigível no processo que se obtenha o máximo conhecimento possível dos fatos necessários à decisão e, se não for, em que circunstâncias as situações intermediárias de conhecimento acerca dos fatos determinam decisão em um ou outro sentido.

Fala-se, na doutrina, em “módulos de convicção”, em “modelos de constatação” ou em “*standards* de prova” para tratar da amplitude de cognição hábil a autorizar um julgamento em favor daquele que tinha o ônus da prova.

Sob a influência racionalista-cientificista, foram suprimidos os juízos de verossimilhança na avaliação de provas. A prova passou a ser concebida como “demonstração de certeza”, tal como nas ciências lógicas ou experimentais. Há de se ter consciência, porém, de que conceber “prova” como prova de “certeza” (e não de “verossimilhança”), por agravar a situação do autor (ou daquele que tenha o ônus da prova), contém um elemento conservador: opera tendencialmente em favor das posições jurídicas adquiridas.<sup>71</sup>

Tal exigência de determinação de certeza foi atenuada por constatações de ordem filosófica e de ordem prático-judicial. Do ponto de vista filosófico, inicialmente,

---

<sup>71</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Op. cit.*, p. 132-133.

tem-se que a certeza é um estado subjetivo, que para fins de instrução processual não tem relevância alguma.

Como ensina Taruffo,<sup>72</sup> a teoria das provas trata dos critérios de aceitabilidade e validade das razões para a determinação dos fatos, não da situação subjetiva do juiz. O que importa para fins de instrução processual é a existência de elementos objetivos que autorizem conclusões em um determinado sentido acerca das hipóteses fáticas possíveis.

É de se considerar que a avaliação desses elementos objetivos de convicção não se faz, em Direito, como nas ciências lógicas ou experimentais. Como historia Gadamer, “a partir de Heidegger [...] o pertencimento do ‘intérprete’ [...] obriga-nos a pensar o sentido da objetividade de uma maneira diversa da que é o caso nas ciências naturais”.<sup>73</sup>

A par disso, a prática processual permite concluir que nem sempre o máximo de conhecimento possível acerca dos fatos objeto de prova se faz necessário para um julgamento de mérito favorável àquele que tinha o ônus da prova. Imagine-se uma demanda em que o autor alega colisão de veículos por culpa do réu e pede indenização por danos sofridos em seu automóvel; imagine-se que uma testemunha afirme que o autor não respeitou sinal de trânsito e outra testemunha afirme que quem não respeitou a sinalização foi o réu; há uma dúvida que surge no cotejo de elementos de convicção (ou, em termos objetivos, uma falta de coerência nos elementos de juízo), mas que poderá ser solvida diante, por exemplo, da prova de interesse de uma das testemunhas pelo resultado da causa. A decisão de mérito poderá ser tomada ainda que reste dúvida (ou, em termos objetivos, ainda que os elementos de juízo não sejam todos uniformes, ou, ainda que uniformes, não sejam cabais) acerca de como exatamente os fatos se deram. Observe-se que, em maior ou menor extensão, esta dúvida (em termos objetivos: a possibilidade de que os fatos tenham se passado de forma diversa) sempre existirá. Mesmo em processos

---

<sup>72</sup> TARUFFO, Michele. **La prueba...** *cit.*, p. 355.

<sup>73</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**: v. 3: hermenêutica e a filosofia prática. Tradução Marco Antonio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 18.



em que a prova aparente ser toda coerente em sentido favorável à tese fática de uma das partes, sempre se pode questionar acerca da veracidade ou falsificação de um documento, da veracidade ou falsidade daquilo que afirmaram as testemunhas, da idoneidade ou não de um perito, da possibilidade de simulação ou intuito fraudulento das partes etc.

Daí a existência de correntes teóricas que afirmem que o que se busca em processo não é “verdade”, mas “verossimilhança” (no sentido de “probabilidade” — bastante — no acerto dos fatos). Neste sentido é o ensinamento de Wach: “toda prova é corretamente entendida apenas como prova de probabilidade”,<sup>74</sup> ratificado por Calamandrei.<sup>75</sup>

Walter<sup>76</sup> noticia que nas últimas décadas ganhou terreno na Alemanha uma orientação proveniente da Escandinávia, sustentada principalmente por Bolding e Ekelöf e apoiada principalmente em Bruns. Essa doutrina parte do pressuposto de que a verdade é apenas um limite idêntico à verossimilhança (no sentido de probabilidade) máxima e defende que a função da apreciação livre da prova seria calcular as probabilidades pelas quais se decide a existência dos fatos relevantes. Walter observa que não seria realista calcular graus de probabilidade estatísticos — como já quiseram alguns teóricos —, pois em geral só se podem usar advérbios como “provavelmente”, “evidentemente” etc. Ainda assim, o sistema seria preferível ao da convicção.

O “ponto do ônus da prova”, para as teorias da verossimilhança preponderante, é aquela intensidade que precisa ser alcançada para que o juiz possa proferir uma decisão fundada em certo fato jurídico. Esse ponto do ônus da prova indica um ponto mínimo que precisa ser alcançado para que se chegue à constatação dos fatos objeto de prova. O princípio da preponderância propõe que, não havendo regra que imponha a alguma das partes o ônus da prova, o ponto do

---

<sup>74</sup> Tradução livre do original: “*aller Beweis ist richtig verstanden nur Wahrscheinlichkeitsbeweis*”.

<sup>75</sup> CALAMANDREI, Piero. *Verità... cit.*, p. 164-165.

<sup>76</sup> WALTER, Gerhard. *Op. cit.*, p. 158-159.

ônus fique no meio do módulo, de modo que seja suficiente o predomínio mínimo da prova.<sup>77</sup>

As teorias da verossimilhança preponderante têm por ponto de partida que, sendo a verdade apenas um limite, a apreciação da prova tem que ser considerada um cálculo de probabilidades. Para Walter,<sup>78</sup> o ponto de partida não merece adesão, não se devendo renunciar à convicção de verdade, mas apenas usar de *graus* diversos de verossimilhança ou probabilidade.

Para Taruffo,<sup>79</sup> é aceitável a hipótese fática com grau de confirmação (por elemento de prova) maior que 50%, ao passo que uma hipótese com grau de confirmação entre 0 e 50% pode ser, para o autor, sensata, mas não é aceitável. Já se houver hipóteses fáticas contraditórias, para Taruffo, é preciso escolher a *mais* aceitável, aquela que tem *maior* probabilidade lógica prevalecente, ou seja, aquela que, comparativamente (em relação com a hipótese contraditória), tenha maior apoio nos elementos de prova em conjunto, desde que a probabilidade lógica seja superior a um limite mínimo.<sup>80</sup>

Taruffo destaca que se trata de um critério análogo ao proposto e discutido nas doutrinas alemã e escandinava sob o nome de “*überwiegende Wahrscheinlichkeit*” (normalmente traduzido como “verossimilhança preponderante”, ou, por Taruffo, como “probabilidade prevalecente”), mas que esta doutrina fala em “princípio da probabilidade prevalecente” com concepções quantitativas de probabilidade aplicadas ao problema das provas, enquanto a concepção de Taruffo é uma concepção lógica (não quantitativa) de probabilidade.<sup>81</sup>

Para esclarecer a questão, tome-se como exemplo um processo em que se discute a culpa pela colisão de veículos; parece que a preponderância lógica de elementos de convicção no sentido de que a culpa foi do réu determina a

---

<sup>77</sup> WALTER, Gerhard. *Op. cit.*, p. 160.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 194.

<sup>79</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba...* *cit.*, p. 295-299.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 302.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 299, nota 151.

condenação ao pagamento de indenização em favor do autor. Mas em processo em que se discute se o réu é pai do autor, simplesmente haver mais probabilidade de que o réu seja pai do autor do que prova de que não seja parece não autorizar a declaração de paternidade por sentença. Imagine-se, neste segundo exemplo, que a prova se restrinja à realização de exame de sangue para a verificação de tipo sanguíneo (não de DNA) e se verifique que a probabilidade de o autor ser pai do réu é simplesmente superior a 50%; isto, tão somente, não parece autorizar a procedência.

Podem-se cogitar alguns diferenciais entre esses dois casos. No primeiro exemplo (acidente de trânsito), o que está em questão para uma e outra parte é direito patrimonial apenas, com o mesmo valor para as duas partes (uma parte vai receber ou deixar de receber exatamente o mesmo montante que a outra vai ter de pagar ou vai deixar de pagar). No segundo (paternidade), discute-se quem é o pai do autor; ao réu, sendo reconhecida a paternidade, o ordenamento jurídico material imputa uma série de deveres e obrigações; mas o autor, se não for procedente o pedido, poderá continuar sem pai juridicamente reconhecido; as consequências da procedência ou improcedência são importantes (embora diversas: uma coisa é ser reconhecido filho de alguém e outra é ser reconhecido pai de alguém) para ambas as partes, mas pode-se ponderar que o autor poderá, saindo vencido, ajuizar demanda própria em face de seu verdadeiro pai, ao passo que o réu, sendo reconhecido pai, sofrerá os efeitos decorrentes da definitividade da coisa julgada.

Como se verifica, há uma série de razões que podem exigir maior ou menor cautela na avaliação do grau de probabilidade no acerto dos fatos para a decisão de diferentes casos. O problema é saber em que condições se pode *tomar como verdadeira* uma versão respaldada por determinados elementos de convicção. Para isso, há que se racionalizar a incerteza (ou, em termos objetivos: a possibilidade de decisão equivocada) persistente, com o estabelecimento de condições para a aceitabilidade da hipótese tomada como ocorrida com *suficiente* grau de apoio nos elementos de convicção.

Como acentua Jordi Ferrer Beltrán, a aceitabilidade de uma hipótese sobre fatos depende simultaneamente dos elementos de juízo disponíveis e do *standard* de prova que haverá de ser adotado para o caso.<sup>82</sup>

O princípio da igualdade, a par de proibir as distinções arbitrárias — aquelas despidas de fundamento racionalmente justificável —, determina a compensação positiva de desiguais oportunidades.<sup>83</sup> Em outros termos, impõe que se dê tratamento igual àqueles que estão em igualdade de condições e diferenciado aos que se encontram em condições diversas, *na medida* da diversidade de condições.

Para que se anteveja a legitimidade da distinção é preciso verificar o vínculo entre o critério diferenciador e a finalidade da diferenciação. E, ainda, o tratamento diferenciado deve ser dispensado *na medida* da diferença, senão será demasiadamente favorecido aquele cuja fraqueza se queria compensar.<sup>84</sup>

Na lição de Bandeira de Mello,<sup>85</sup> as discriminações são compatíveis com a cláusula igualitária apenas quando vinculadas a uma peculiaridade do sujeito, da coisa ou da situação diferenciada, e quando a diferenciação do tratamento, além de correlacionada com a diferença que se tomou em conta, for proporcional à diferença.

Retira-se disto que o “*ponto do ônus da prova*”, aquela intensidade probatória mínima na constatação dos fatos que precisa ser alcançada para que o juiz possa proferir uma decisão fundada em um determinado fato jurídico, não será adequado a bem atender ao direito material se for estabelecida sempre em 50% ou sempre em simples preponderância em relação às outras hipóteses fáticas

---

<sup>82</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración...** *cit.*, p. 113. O autor observa (p. 80-81) que a epistemologia serve para determinar o grau de probabilidade de que um fato tenha ocorrido, mas ela nada diz sobre o ponto de probabilidade suficiente para se considerar provado o fato. O *standard* de prova aplicável é uma decisão político-moral, sobre a qual o direito — e não a epistemologia — se pronuncia.

<sup>83</sup> CRETILLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 52-53.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 53 e 58.

<sup>85</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1999.

possíveis. Será preciso encontrar pontos de ônus da prova diferenciados para as diferentes necessidades dos casos em que a prova for avaliada.

## 2.4 OS CHAMADOS “MODELOS DE CONSTATAÇÃO DE FATOS” OU “MÓDULOS DE CONVICÇÃO” OU “STANDARDS DE PROVA”

Walter<sup>86</sup> apresenta de forma sistemática três modelos elaborados em doutrina para a constatação de fatos:

- 1) O modelo de convicção de verdade: sob este modelo estão, segundo o autor, tanto aqueles autores que exigem a convicção pessoal do juiz quanto aqueles que usam da fórmula da verossimilhança no limite da certeza (que materialmente não é diferente da convicção de verdade — ambas buscam estabelecer a verdade dos fatos, cientes das limitações).
- 2) O modelo de controle por terceiros: exige que uma terceira pessoa possa reconstruir mentalmente a constatação do fato.<sup>87</sup> A comprovação do fato é sustentável quando o terceiro é capaz de repeti-la.
- 3) O modelo de convicção de verossimilhança: para a decisão basta uma verossimilhança grande ou até mesmo apenas preponderante. Sua variante mais importante é o modelo da preponderância. Há um rompimento com a ideia tradicional de “constatação de fatos”. Neste modelo, observa Walter, a relação entre ônus da prova e apreciação da prova é totalmente distinta.

---

<sup>86</sup> WALTER, Gerhard. *Op. cit.*, p. 165-166.

<sup>87</sup> Observe-se, entretanto, que este não é um modelo de convicção, mas de controle da legitimidade do resultado; poderia ser adotado simultaneamente com o modelo de convicção de verdade ou de verossimilhança. Tanto assim que o próprio Walter assume que, também no modelo de convicção de verossimilhança (*Op. cit.*, p. 165-166), é possível um controle por terceiros.

López Miró<sup>88</sup> defende a existência de três possíveis graus de convencimento que as partes devem gerar na mentalidade do julgador, a depender da matéria discutida:

- 1) o primeiro seria de convicção plena;
- 2) o segundo seria o de convicção fidedigna e
- 3) o terceiro seria de convencimento verossímil.

O autor parte do pressuposto de que não basta que as partes produzam qualquer meio de confirmação dos fatos por elas alegados; é preciso que os meios de confirmação sejam hábeis/eficazes/idôneos/suficientes a gerar um determinado grau de convencimento no ânimo do juiz.<sup>89</sup> Argumenta que pretensões como a que requer medida para assegurar provas (a), cobrança de cheque sem fundos (b) e reconhecimento de paternidade de filho extramatrimonial não reconhecido (c) são diversas porque envolvem bens jurídico-sociais diferentes, que requerem tratamento adaptado; assim, conclui que o convencimento, como ideia de certeza do julgador, tem diversos graus.<sup>90</sup> Afirma, então, que tais graus de convencimento são os três já mencionados: no escalão superior há o convencimento *pleno* ou *absoluto* (1), porque grau maior não pode haver;<sup>91</sup> no escalão inferior fica a *mera verossimilhança* (3), dado que não pode haver convencimento menor; e, além destes, há o escalão intermediário, ocupado pelo convencimento *fidedigno* (2).<sup>92</sup>

López Miró argui que há bens jurídicos de importância e transcendência social tais que os tribunais não poderiam esperar convencimento aquém do pleno ou absoluto. Isso ocorreria, segundo o autor, toda vez que a pretensão versasse diretamente sobre instituições como a família, a propriedade privada, a capacidade, a liberdade e a segurança jurídica.<sup>93</sup> O grau de convencimento fidedigno seria aplicável a direitos patrimoniais disponíveis e às causas de nulidade de

---

<sup>88</sup> LÓPEZ MIRÓ, Horácio G. **Probar o sucumbir**: los tres grados del convencimiento judicial y la regla procesal del onus probandi. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

<sup>89</sup> Ibidem, p. 35.

<sup>90</sup> Ibidem, p. 50-51.

<sup>91</sup> O autor observa (*Op. cit.*, p. 59) que quando se diz “total e absoluto” em Direito se quer dizer “sumo grau de possibilidade de conhecimento” e “aquela máxima eficácia probatória”.

<sup>92</sup> Ibidem, p. 58-59.

<sup>93</sup> Ibidem, p. 67.

casamento.<sup>94</sup> A mera verossimilhança bastaria para pretensões que não modificam estado, que não transitam em julgado e que não tratam do conteúdo de fundo da pretensão.<sup>95</sup> O autor afirma que os advogados não sabem, antes do ajuizamento de demandas, qual o grau de convencimento que será necessário produzir para a obtenção de uma sentença favorável; aduz que o único modo de corrigir essa “versão jurídica da roleta russa” é fixar de antemão qual o grau de convencimento adequado,<sup>96</sup> objetivo que se alcançaria com a prolação de julgados uniformes indicando expressamente qual o grau de convicção necessário para cada caso, bem como quanta prova e de que tipo é necessária para se obter tal grau de convencimento.<sup>97</sup>

Knijnik<sup>98</sup> teoriza quatro modelos de constatação:

- 1) O primeiro seria o de *preponderância de provas*, aplicável ao processo civil e para o qual a persuasão necessária seria concebida como “o estado subjetivo no qual se reputa existir uma preponderância de provas em favor da proposição de uma das partes” ou, em outros termos, dar por provado o que é mais provável do que improvável; tal modelo seria, para o autor, aplicável a processos civis tradicionais, em que discutidas questões apenas patrimoniais;
- 2) Para processos que tenham reflexos penais ou sejam de envergadura para as partes (o autor dá como exemplo destituição de pátrio poder e anulação de testamento) seria necessário um modelo de constatação intermediário, o de *prova clara e convincente*;
- 3) Para o processo penal seria necessária *prova acima da dúvida razoável*;
- 4) Para o processo penal com prova baseada em indícios seria necessária *prova razoável excludente de qualquer hipótese de inocência*.

---

<sup>94</sup> LÓPEZ MIRÓ, Horácio G. *Op. cit.*, p. 73.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 114-115.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>98</sup> KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 38-46.

Knijnik afirma a dificuldade de expressar as diferenças entre um modelo e outro, mas defende que “nem por isso deve-se abandonar ou olvidar a teoria dos modelos de constatação, que não apenas indica o grau de certeza requerido por um tipo particular de processo, mas também mede a relativa importância social atribuída à decisão nele proferida”.<sup>99</sup> O autor defende, ainda, que a decisão judicial enuncie expressamente qual o modelo de constatação de que se vale.<sup>100</sup>

A despeito das boas finalidades enunciadas (permitir às partes saberem de antemão as provas que terão de produzir para verem suas pretensões atendidas), observa-se que classificar as exigências mínimas para acerto de fatos no processo é trabalho que, do ponto de vista teórico, produz resultados equivocados e, do ponto de vista prático, a consequência poderá ser a resolução de controvérsias com *injustiça*.

Com efeito, dizer (seja em sede doutrinária, seja em decisão judicial, como propõem Knijnik para cada decisão em particular e López Miró para a jurisprudência como um todo) que um determinado tipo de processo (por exemplo, demanda em que se formula pedido de aplicação de sanção por improbidade administrativa) exige prova “*clara e convincente*” (Knijnik) não parece diferente de dizer que neste tipo de processo o grau de convicção devesse ser superior a uma determinada porcentagem (e, uma vez que a colocação do grau de convicção em termos estatísticos é inviável, usam-se palavras). López Miró chega a sustentar que devem ser proferidos julgados uniformes indicando expressamente qual o grau de convicção necessário para cada caso, bem como quanta prova e de que tipo é necessária para se obter tal grau de convencimento.<sup>101</sup>

O problema não é a imprecisão das palavras “*prova clara e convincente*”, “*prova acima de dúvida razoável*” etc., comum ao léxico jurídico. O real problema é que enquadrar previamente grupos de processos em categorias que exigem grau de

---

<sup>99</sup> KNIJNIK, Danilo. **A prova...** *cit.*, p. 43-44.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>101</sup> LÓPEZ MIRÓ, Horácio G. *Op. cit.*, p. 116.



prova X ou Y é atitude teórica mais aparentada ao espírito científico-racionalista que norteou as codificações e o pós-Revolução Francesa do que à atitude científica atualmente exigida pelo Estado Democrático de Direito.

A atitude científica exigida pelo Estado Democrático de Direito assume a livre apreciação motivada das provas como capaz de atender às suas necessidades (desde que observados critérios de legitimidade), já que a outra opção que teríamos — uso de provas legais —, teve sua racionalidade colocada em xeque ao longo da história (sobre isto, ver item 2.2).

É certo que o *quantum* de probabilidade necessário para o preenchimento de um *standard* é uma questão jurídica não exatamente equivalente à prova legal ou tarifada,<sup>102</sup> a qual consiste na determinação legal de que a prova de um determinado fato (por exemplo, propriedade imóvel) se faça por um determinado meio (por exemplo, registro de propriedade junto ao Registro de Imóveis). A prova da veracidade de uma proposição (e a verificação da satisfação do *standard* aplicável) pode ser feita lançando-se mão tanto de uma prova tarifada quanto de provas livres (caso não haja exigência legal de prova tarifada para a espécie).

Não obstante, exigir um *quantum* pré-determinado de probabilidade de ocorrência de uma hipótese, sem que houvesse lei com tal exigência, coloca em questão até mesmo a violação do princípio da legalidade.

Exigir prova de “verdade” para um grupo de casos previamente definidos e prova de “verossimilhança” para outro; ou *preponderância* para uns, prova *clara e convincente* para outros, prova *acima de dúvida razoável* para outros e *prova razoável excludente de qualquer hipótese de inocência* para um último grupo de casos corresponde, em última instância, a querer estabelecer de forma estanque o “ponto do ônus da prova”, o que levaria a uma reaproximação a um *sistema* tarifado

---

<sup>102</sup> Como bem esclareceu o professor Jordi Ferrer Beltrán, em palestra ministrada na faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná em 23 de setembro de 2011, o *standard* de prova não exclui o raciocínio sobre o caso concreto, ao contrário, o pressupõe. Diferentemente, a prova tarifada exclui o raciocínio sobre o caso concreto (é o que ocorre, por exemplo, quando a lei exige que a prova de um determinado fato se faça por documento público).

de prova, com a diferença de que agora não estão definidos em lei os *meios* de prova necessários para comprovar determinados fatos, mas seriam definidas — de forma estanque e sem lei — as *probabilidades* necessárias.

Não se está a sustentar que se realize qualquer apreciação sem critério das provas produzidas em processos, mas é preciso buscar *critérios* e não enquadramentos.

É preciso assumir que existe uma gama de demandas diversas por diferentes aspectos (dificuldade de prova por diversos motivos, questionamentos que se colocam sobre as consequências jurídicas a serem atribuídas ao comportamento das partes em juízo ou fora, diferenças de valores trazidas pelo próprio direito material discutido em juízo, eventual diferença de peso de uma decisão equivocada para uma e para outra parte,<sup>103</sup> cultura mutante etc.) e que cada um destes aspectos diferentes poderá ter de ser levado em conta no tratamento jurídico para o acerto dos fatos, para a escolha da aceitabilidade das hipóteses possíveis acerca dos fatos objetos da prova, para a correta decisão acerca de qual o *standard* de prova aplicável ao caso, para a atribuição do ônus da prova e, finalmente, para a entrega da prestação jurisdicional adequada.

A procura de soluções simplistas, consistentes em separar previamente grupos de casos estanques para a exigência de diferentes graus de formação de convicção para cada grupo, não atende à variedade dos casos que podem se apresentar.

Realmente, importa, para o acerto dos fatos, o grau de afetação da decisão no patrimônio jurídico das partes (no processo penal: sofrer ou deixar de

---

<sup>103</sup> Neste aspecto, Jordi Ferrer Beltrán (*La valoración... cit.*, p. 139-140) observa que no âmbito anglo-saxão é aceito o *standard* “além de toda dúvida razoável” para o processo penal e o da “preponderância da prova” para o processo civil, mas nota que as decisões a este respeito costumam mencionar razões atinentes aos bens jurídicos em jogo para fundamentar maior exigência probatória no processo penal. O autor assevera, porém, que a importância relativa dos bens em jogo nem sempre é maior no processo penal e pontua que quicá seja mais razoável operar com distintos *standards* de prova em função do delito de que se trate e da sanção a ele cominada. Também na jurisdição civil sugere o escritor que se dê distinção de *standards* em função da consequência jurídica prevista pelo direito.

sofrer a consequência prevista no tipo penal; no processo civil: sofrer os efeitos da declaração/(des)constituição/condenação/determinação feita em sentença, que poderão ser mais ou menos graves). A responsabilidade por uma decisão equivocada aumenta conforme aumenta a gravidade de seus efeitos. Esta conclusão foi cristalizada, por exemplo, na máxima “*in dubio pro reo*”, adotada no processo penal.

Walter<sup>104</sup> noticia que na jurisprudência alemã entende-se que o módulo de convicção no processo penal não pode ser o mesmo, pois no processo penal domina o princípio do Estado de Direito, ao passo que, em processos de cobrança de pensão, domina o princípio do Estado Social. O que está na base dessa diferença é que, para se determinar o módulo de prova, é preciso levar em conta a matéria subjacente, caso contrário, serão desvirtuados os fins que inspiraram o direito material ou haverá conflito com outros princípios jurídicos também importantes. Walter pontua que se tem de observar não só os princípios jurídicos mais elevados (Estado de Direito, Estado Social), mas também os princípios que nortearam (explícita ou implicitamente) a lei que rege a matéria. Em consequência, o *módulo de prova tem que ser variável*. Walter enumera alguns exemplos — a) homem que 20 anos depois da guerra sofre de epilepsia; b) afogado na piscina; c) trabalhador submetido à ação do chumbo vítima de cirrose renal; d) queda fatal em canteiro não murado; e) aposentadoria que depende de ocupação de posto com estabilidade ao fim da guerra — e observa que exigir certeza nesses casos implicaria excluir um grande número de beneficiários muito prováveis, concluindo que em determinados grupos de casos é preciso aceitar um distanciamento do objetivo de se alcançar a verdade (por influência de outros princípios, não só da paridade de armas, ou pela própria finalidade da lei material).<sup>105</sup>

Para ilustrar a influência do direito material no ponto do ônus da prova, Walter<sup>106</sup> dá dois exemplos de causalidade hipotética: (1) pessoa com *delirium tremens* é internada e na instituição é morta por um esquizofrênico; (2) ex-

---

<sup>104</sup> WALTER, Gerhard. *Op. cit.*, p. 172-174.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 175.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 218-223.

perseguido por causas raciais pede indenização por demissão em 1944. No exemplo 1 não se pode saber se a vítima, não fosse a ação do esquizofrênico, teria sobrevivido à própria doença. No exemplo 2 não se pode saber se o demitido teria sido um dos poucos a conservar o emprego em 1945. A sucessão causal hipotética só é constatável através de uma maior ou menor probabilidade (o problema aí não é dificuldade da prova, mas a especificidade do fato — hipotético — a ser provado). Por isso é preciso distinguir casos de causalidade hipotética — que pedem facilitação da prova — daqueles de causalidade normal, embora com ingredientes hipotéticos. O módulo de prova de verossimilhança preponderante, conclui Walter, é justificado para a prova de uma sucessão causal puramente hipotética: neste caso não se pode falar em resultado (no esquema “se A, então resulta B”, tem-se que B é meramente hipotético, não histórico: se não fosse vítima do esquizofrênico, teria morrido pela própria doença; se não houvesse sido demitido em 1944, por outro motivo não conservaria o emprego em 1945), de modo que é inviável uma constatação baseada em algo além de verossimilhança.

Observe-se, porém, que ainda neste caso (de sucessão causal hipotética) poderá não bastar apenas a preponderância das provas: no exemplo 2 de Walter, imagine-se que se prove que pouco mais da metade dos trabalhadores que ocupavam a função exercida pelo demandante perderam seu emprego em 1945; isto bastaria para a improcedência? No exemplo 1 supra, imagine-se que fosse mais provável que o demandante não tivesse sobrevivido à própria doença (do que tivesse sobrevivido), só isto bastaria para a improcedência? Imagine-se que pacientes daquela idade e com aquele tipo de doença tivessem uma taxa de sobrevivência de 45%: isto autorizaria a improcedência? Ou seria de se conceder ao paciente a chance de tentar sobreviver sem a interferência de um ataque de um esquizofrênico? E se a chance de sobrevivência fosse de apenas 5%? Atente-se para o fato de que a questão já não diz mais respeito apenas à prova dos fatos, mas passa a concernir também ao próprio *direito* discutido em juízo.

Aqui fica patente que a probabilidade de ocorrência de um determinado fato tem de ser conjugada, para a decisão do mérito da causa, com o *standard* de prova aplicável, bem como que o *standard* de prova pode precisar ser adequado ao caso

concreto, fazendo parte daquilo que se pede ao Judiciário que, incidentalmente, decida.

Veja-se que, ainda no processo penal,<sup>107</sup> há situações probatórias em que a dificuldade na produção de provas é determinante para que sejam balanceados os valores em contraste e para que as exigências de robustez da prova cedam lugar a outras. É o que acontece com crimes ocorridos, por exemplo, no interior de residências, sem testemunhas, caso em que há vasta jurisprudência<sup>108</sup> no sentido de

---

<sup>107</sup> Também Walter (*Op. cit.*, p. 176) explicita ser cabível falar-se em redução do módulo da prova no processo penal.

<sup>108</sup> “APELAÇÃO CRIMINAL - LESÃO CORPORAL LEVE - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - LEI MARIA DA PENHA - ARTIGO 129, § 9º DO CÓDIGO PENAL - PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO - ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO (ARTIGO 386, VII, DO CPP) - IMPROCEDÊNCIA - DECLARAÇÕES DA VÍTIMA HARMÔNICAS COM AS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS - APELAÇÃO DESPROVIDA - Tendo em vista que as declarações da vítima são coerentes e que sua mãe afirmou que o réu a agredia, bem como a confissão do réu, na fase do inquérito, de que, após xingar a vítima, a segurou pelo braço para que não fosse à polícia, e o laudo de exame de lesões corporais em que consta ter havido ofensa à integridade corporal da vítima, não se pode dizer que a prova é insuficiente para sustentar a condenação - *Nos crimes de violência doméstica, como na espécie, por ocorrerem, na maioria das vezes, no interior do lar, as declarações da vítima e dos familiares, desde que harmônicas, passam a ter destacada relevância jurídica para comprovação dos fatos constitutivos da imputação deduzida na denúncia.*” (PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 0674629-4**. 1. Câmara Criminal. Relator: desembargador Jesus Sarrão. DJe 02 set. 2010, p. 288).

“153083340 - APELAÇÃO CRIMINAL - CRIMES DE PORTE DE ARMA DE FOGO (ART. 10, DA LEI 9437/97) E AMEAÇA (ART. 147 DO CÓDIGO PENAL) - [...] - CONDENAÇÃO FUNDADA NAS DECLARAÇÕES PRESTADAS PELA PRÓPRIA VÍTIMA E FAMILIARES DESTA - POSSIBILIDADE QUANDO COERENTES E HARMÔNICAS - DOSIMETRIA DA PENA - EXASPERAÇÃO DA PENA BASE FUNDADA NO FATO DE A VÍTIMA NÃO TER COLABORADO PARA O COMETIMENTO DO CRIME - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO - 1. [...]. 2. O fato de a prova oral consistir exclusivamente nas declarações prestadas por informantes não lhes retira o valor probante, se forem harmônicas e consistentes. *Entendimento diverso, no sentido de desconsiderar declarações prestadas por familiares, acarretaria a impunidade de toda sorte de delitos praticados no interior dos lares ou em locais isolados dos olhares de terceiros.* Cabe, assim, analisar o conteúdo de tais declarações e sua coerência para então aferir-lhes o devido valor. 3. [...]” (PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Processo n. 0323620-6**. Cruzeiro do Oeste. 2. Câmara Criminal. Relatora: juíza Lilian Romero. Julgado 05 out. 2006).

“1700469907 - APELAÇÃO-CRIME - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - 1. MATERIALIDADE E AUTORIA - INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - Não há falar em insuficiência de provas para embasar o juízo condenatório quando, não obstante tenha o réu negado a autoria delitiva, *o relato da vítima é seguro e coerente, tendo sido, ainda, confortado pelos demais elementos trazidos aos autos.* Hipótese em que o valor probante da palavra da vítima adquire especial relevo em razão da clandestinidade da infração, ocorrida no interior do lar comum e envolvendo pessoas com laços familiares. 2. [...] 3. [...]” (PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 70009007451**. 8. Câmara Criminal. Relator: desembargador Roque Miguel Fank. Julgado 25 ago. 2004).

“APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO POR CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADOS PELO PAI CONTRA SUA FILHA AINDA IMPÚBERE. PLEITO QUE VISA À ABSOLVIÇÃO AO ARGUMENTO DE FRAGILIDADE PROBATÓRIA. IMPROCEDÊNCIA. PALAVRA DA VÍTIMA FIRME E INCISIVA NO APONTAMENTO SEGURO DO SEU AGRESSOR. PROVA PERICIAL E CIRCUNSTANCIAL QUE CONFIRMA AS AGRESSÕES. [...] SENTENÇA

que a aplicabilidade e efetividade do direito material dependem de se considerar a *difículdade* de se produzir prova de crime presenciado muitas vezes apenas por réu e vítima.

Esse entendimento, assente até mesmo no processo penal, decorre da noção de que não há valor em um ordenamento jurídico que seja absoluto e de que, portanto, há de se verificar no caso concreto qual combinação deve preponderar. Para respaldar a ideia, apresento no próximo tópico a tese, desenvolvida por Dworkin, de que o direito há de ser compreendido enquanto integridade.

A par disso, em decisões judiciais haverá sempre uma possibilidade de erro impossível de ser eliminada. O que se há de procurar na ciência do Direito são critérios para se diminuir a chance de erro e aumentar a de acerto. Defenderei, por isto, também no tópico que segue, a prestação jurisdicional como um serviço público: juízes prestam um serviço público, não exercem um dos poderes do Estado para a escolha pessoal de soluções para o caso concreto, mas sim para darem a (única) resposta estatal para o caso *sub judice*. Não se trata de uma liberdade da pessoa física do juiz, mas de desincumbência de um dever do Estado.

## 2.5 DA INSUFICIÊNCIA DO MODELO NORMATIVO POSITIVISTA AO DIREITO COMO INTEGRIDADE

Já no modelo positivista, a imprecisão da linguagem jurídica e a possibilidade de advento de novas situações, não previstas normativamente, autorizam escolhas sobre consequências jurídicas não previstas expressamente na norma.<sup>109</sup> A mesma preocupação motivou também pós-positivistas, mas os

---

CONDENATÓRIA MANTIDA. APELO PROVIDO, EM PARTE.” (PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 0640310-5**. Cascavel. 4. C. Criminal. Relator: desembargador Luiz Zarpelon, unânime. Julgado 18 nov. 2010)

<sup>109</sup> HART, Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, [s.d.], p. 140-141. Hart defende a necessidade da existência de um poder discricionário, mesmo reconhecendo que ele pode ser amplo (embora não arbitrário ou irracional), sob o argumento de que a escolha feita no exercício desta discricionariedade é inerente aos critérios de relevância e semelhança presentes na

defensores deste movimento professam a tese de aumento da abrangência daquilo que deve ser considerado direito. Aqui a questão não são só *novas situações não previstas* pelo legislador, mas também *mudanças de concepção* ocorridas após a edição de leis.<sup>110</sup>

A crítica feita por Dworkin ao positivismo tem como argumento central o seguinte: o raciocínio do jurista (o que se evidencia nos casos difíceis) se dá com recurso a padrões que não funcionam como regras, mas como princípios, políticas ou outros padrões (padrões estes que não podemos admitir que sejam *externos* ao fenômeno jurídico).<sup>111</sup> Com o fim de demonstrar o acerto de sua asserção acerca da deficiência do modelo de regras para a adequada compreensão do fenômeno jurídico, Dworkin distingue princípios em sentido lato (incluindo princípios e políticas) de regras. E dá exemplos de oportunidades históricas em que, à falta de regras que oferecessem solução adequada a casos, os tribunais recorreram a princípios. Assim, em *Riggs x Palmer*<sup>112</sup> decidiu-se que o assassino do *de cujus* não tem direito à herança (não pode se beneficiar dos próprios delitos). Em *Henningsen x Bloomfiel Motors Inc.*<sup>113</sup> questionava-se até que ponto o fabricante de automóveis pode limitar sua responsabilidade em caso de defeito no veículo (a decisão foi lastreada em diversos princípios).

---

regra, os quais podem depender de fatores complexos que atravessam o sistema jurídico e das finalidades que possam ser atribuídas à regra. Além disso, advoga não ser mesmo apreciável uma regra que resolva antecipadamente sua aplicabilidade a qualquer caso, por ser a necessidade de escolha futura decorrência da condição humana: não sabemos o que poderá acontecer e isto traz consigo uma relativa indeterminação de finalidade.

<sup>110</sup> Em prefácio à tradução brasileira de **Métodos de trabalho do direito constitucional**, de Friedrich Müller, Paulo Bonavides ressalta que, com as preocupações inerentes ao Pós-Guerra e a busca de soluções diversas do positivismo e do jusnaturalismo, Müller, em **Justiça e justiça** (1976), expõe a relevância da Metodica por ele proposta (conceito abrangente de hermenêutica, interpretação, métodos de interpretação e metodologia — p. 22), asseverando que a Ciência do Direito há de ser honesta e racional em termos de Metodica, sob pena de, não sendo, existir não como Ciência do Direito, mas como publicação de meras opiniões, acentuando: “*Ciência do Direito somente tem chance de ser o que não se torna papel velho sob as penas do legislador*”. (MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. Prefácio de Paulo Bonavides).

<sup>111</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-36. Tradução de: **Taking Rights Seriously**. Harvard: Harvard University, 1977.

<sup>112</sup> Ibidem, p. 37.

<sup>113</sup> Ibidem, p. 38.

Os princípios, consoante a perspectiva pós-positivista de Dworkin, fazem-se presentes em qualquer raciocínio jurídico, mas com mais vigor nos casos difíceis, nos quais os *princípios podem justificar a adoção de uma nova regra* (foi o que se deu, por exemplo, em *Riggs x Palmer*, quando se concluiu que o assassino do *de cujus* não tem direito à herança, pois não pode se beneficiar dos próprios delitos). A autoridade e o peso dos princípios resultam de argumentação acerca de outros princípios, da história, práticas e formas de compreensão partilhadas pela comunidade.<sup>114</sup>

Para os positivistas, os princípios são padrões extrajurídicos que o juiz seleciona discricionariamente, o que (para Dworkin) é falso, tanto porque tais padrões são jurídicos quanto porque sua seleção não poderia ser discricionária. Um modelo sem princípios tem desvantagens, efetivamente, em relação a outro com princípios (como se vê nos exemplos de *Riggs x Palmer* e *Henningsen x Bloomfiel Motors Inc.*). A questão importante é saber se a adoção dos princípios e sua forma de adoção são discricionárias ou compulsórias no raciocínio jurídico e em que termos, ou seja, com que resultados. A razão para a superação das teses positivistas aponta para a juridicidade dos princípios e, exatamente por isto, para a *compulsoriedade* de sua adoção para a solução de problemas jurídicos sempre que tais padrões normativos se apresentarem como cabíveis. Veja-se que não há razão satisfatória para a adoção de princípios em determinados casos e para sua não adoção em outros. Tomando-se por premissa, assim, a inclusão *necessária* dos princípios no raciocínio jurídico, passa-se ao problema de *como* eles devem ser aplicados.

Dworkin defende que uma teoria do direito apresenta princípios que devem tentar justificar as regras; tal processo de justificação deve levar o jurista ao exame da teoria moral e política na decisão acerca de qual entre duas justificações é superior. Argumentos convincentes podem ser oferecidos para caracterizar uma teoria como superior a outra; eles devem incluir argumentos sobre temas de teoria

---

<sup>114</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando...** *cit.*, p. 58. Os princípios não se submetem (ao menos nem sempre) à regra de reconhecimento (Hart) para que se verifique seu pertencimento ao sistema jurídico. Não há como testar a validade dos princípios da mesma forma como se testa a validade de regras (com a remessa a uma regra de reconhecimento que lhe confira validade).



política normativa, que *transcendem a concepção positivista* acerca dos limites das considerações relevantes para se decidir o que é o direito.<sup>115</sup>

Se passamos a tratar os princípios como direito e admitimos que uma obrigação jurídica possa existir em razão de uma constelação de princípios, então podemos concluir que há uma determinada obrigação jurídica quando as razões para sua existência são mais fortes que as razões para sua inexistência.<sup>116</sup> É certo que os métodos apresentados pelas teorias do Direito e por teorias da argumentação para se concluir pela maior ou menor força de um grupo de argumentos, embora muitas vezes sejam suficientes para excluir diversas soluções, por inadequadas, nem sempre são capazes de apontar para uma *única* solução correta.<sup>117</sup> Como adverte Müller, a necessidade, decorrente dos termos do próprio Estado Democrático de Direito, do uso da racionalidade mais ampla possível na aplicação do Direito, vem acompanhada da impossibilidade de sua racionalidade *integral*. Admitir como possível uma racionalidade integral na aplicação do Direito seria ignorar o caráter de decisão e de valoração que tem o Direito. Assim, é preciso observar com sobriedade o campo do racionalmente possível, a fim de se estabelecerem os limites e os controles da ideologia.<sup>118</sup>

Ainda que não se suponha existir apenas uma única solução correta, é tarefa da Ciência do Direito explicitar quais os caminhos a serem percorridos pelo juiz (e o mesmo caminho será feito pelo jurisdicionado diretamente afetado e pela sociedade democrática em geral a fim de se controlar a legitimidade de suas decisões) para se chegar à melhor decisão juridicamente possível dentro do espectro daquelas que sejam defensáveis.

---

<sup>115</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando...** *cit.*, p. 106-107. Mesmo após tais considerações, Dworkin defende que, se um sistema jurídico estabelecesse poder discricionário em sentido forte (ou seja, consistente na falta de estabelecimento de limites pelos padrões da autoridade que atribuiu o poder discricionário; este sentido não significa que o exercício do poder não esteja sujeito à crítica; a decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade que atribuiu o poder discricionário, mas há de se recorrer a padrões de bom senso e equidade) aos juízes, teria de fazê-lo expressamente e com base em *ponderação de argumentos* (p. 112).

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>117</sup> Alexy, Robert. **ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.** Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005, p. 279.

<sup>118</sup> MÜLLER, Friedrich. **Métodos...** *cit.*, p. 66.

Não se pode deixar de considerar que a resposta estatal à pretensão formulada em juízo é única e definitiva. Disso decorre que ela não poderá ser aleatória, mas responsável e coerente, como entrega do serviço público que é.

Duas objeções comumente levantadas à originalidade judicial são as de que: (1) os juízes não são eleitos nem responsáveis perante o eleitorado; (2) o sucumbente será surpreendido por um *novo* dever, criado pelo juiz. Dworkin observa que tais objeções são mais poderosas quando referidas a decisões geradas por políticas do que àquelas geradas por princípios<sup>119</sup> e afirma que as decisões judiciais sempre têm de ser fundadas em princípios.

Veja-se, porém, que a distinção entre argumentos de política e argumentos de princípio está longe de responder satisfatoriamente à legitimidade das decisões judiciais, ainda que se as admita apenas enquanto decisões baseadas em princípios e não em políticas. Isso porque declarar que o demandante tem ou não determinado direito, como decorrência da aplicação de um ou mais princípios, conjugados de determinada forma e prevalecendo em face de outros, requer adequada fundamentação normativa, mesmo no âmbito mais restrito dos argumentos de princípios (já excluídos os argumentos estritamente de política).

A insuficiência da distinção entre argumentos de política e de princípio faz aumentar a necessidade da adoção de um método para a tomada de decisão com legitimação democrática. Müller, utilizando-se de um esquema de estudo próprio à prática alemã e respaldado pela filosofia da linguagem, observa que a distinção

---

<sup>119</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando...** *cit.*, p. 132-134: A primeira objeção é convincente quando dirigida ao direito como política (decisões sobre política não de ser operadas mediante algum processo político) e a segunda também (parece equivocado retirar bens do patrimônio de uma pessoa e conferi-los a outra apenas para melhorar a eficiência econômica). Mas se o juiz justifica com êxito sua decisão com fundamento em argumentos de princípio e não em argumentos de política (em *Spartan Steel*, por exemplo, demonstrando que o demandante tem *direito* à indenização), então as duas objeções levantadas não obstam a decisão. Quanto à primeira objeção, o argumento de princípio não se funda na natureza e intensidade dos interesses encontráveis na comunidade (isto é irrelevante no argumento de princípio), de modo que o juiz não pressionado pela maioria política estaria em melhores condições de decidir. A segunda objeção não tem qualquer força quando se trata de aplicar argumento de princípio: o direito de uma parte e o dever da outra não são algo novo; se o caso é duvidoso, qualquer das partes pode ser surpreendida.

normalmente feita entre normas mais ou menos claras e de conteúdo mais ou menos determinado não traduz diferenças estruturais entre normas, mas diversas eficácias de uma pré-compreensão jurídica acerca do conteúdo da norma.<sup>120</sup> A partir disso, Müller defende que o teor literal da norma (já decorrente de sua pré-compreensão) estabelece a diretriz e os limites das concretizações que sejam defensáveis e admissíveis; decisões que claramente passem por cima do teor literal do texto normativo não são admissíveis no ponto de vista do Estado de Direito.<sup>121</sup> O autor apresenta um rol de elementos voltados à concretização da norma<sup>122</sup> e acrescenta que apenas em caso de oposição frontal no caso individual entre tais elementos se pode falar em conflito entre eles.<sup>123</sup> Neste caso, defende, prevalecem os elementos de concretização diretamente referidos a normas,<sup>124</sup> por estar o exercício da função estatal (no que se inclui a concretização do Direito) vinculado à constituição e ao direito.<sup>125</sup> Dentre estes, sustenta que os elementos diretamente referidos a textos de normas (interpretação gramatical e *sistemática*) têm prevalência, inclusive sobre o âmbito da norma, como decorrência do Estado de Direito.<sup>126</sup>

Na busca de formas democrático-constitucionais de controle das decisões judiciais, Günter adverte que Alexy demonstrou a possibilidade de precisão metódica do modelo de ponderação, mas não foi capaz de eliminar o problema do *critério*.<sup>127</sup> Günter propõe, então, que se entendam os princípios como expressão de uma argumentação que considera todos os sinais característicos de uma situação e servem a *justificar* normas de forma *coerente*;<sup>128</sup> assim, o juiz, em cada caso,

---

<sup>120</sup> MÜLLER, Friedrich. **Métodos...** *cit.*, p. 73.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 75-76.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 111: elementos metodológicos "*strictiore sensu*" — interpretação gramatical, histórica, genética, *sistemática* e teleológica e princípios isolados de interpretação da constituição —, elementos do âmbito da norma, dogmáticos, de teoria, de técnica de solução e de política do direito e política constitucional.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>124</sup> Elementos metodológicos "*strictiore sensu*", elementos do âmbito da norma e alguns dos elementos dogmáticos.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 100.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>127</sup> GÜNTER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação, São Paulo: Landy, 2004, p. 332.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 404. Em "Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica" (**Cadernos de filosofia alemã**, São Paulo, n. 6, p. 85-102, 2000), Günter explica que a coerência não é um critério que se refira à validade (verdade ou correção) de uma

examina todas as normas aplicáveis e suas possibilidades semânticas em um contexto coerente de justificação; nesta justificação se avança até os princípios morais que legitimam a ordem jurídica e política no seu todo.<sup>129</sup>

Naquele núcleo de alternativas no qual todas as possíveis decisões sejam defensáveis, Günter aponta que haverá de ser decisiva aquela que, dentre todas, for a melhor, qual seja, aquela que for capaz de compor o contexto de justificação coerente mais abrangente, do ponto de vista da moralidade política.<sup>130</sup>

Para a *tese dos direitos*, desenvolvida por Dworkin,<sup>131</sup> as decisões novas refletem as decisões políticas já tomadas no passado. Para esta tese, os juízes, como autoridades políticas que são, estão sujeitos à *doutrina da responsabilidade política*: só devem tomar decisões políticas que se justifiquem no âmbito de uma teoria mais ampla, que também justifique outras decisões que eles se propõem a tomar. Decisões judiciais são decisões políticas, ao menos em sentido amplo. Assim, um argumento de princípio só pode ser utilizado se for possível mostrar que o princípio é compatível com decisões anteriores.<sup>132</sup> Decisões judiciais podem opor-se à moralidade popular, pois *as pessoas têm direito à aplicação consistente dos princípios que lastreiam o ordenamento jurídico*; as partes têm *direitos institucionais*, não têm direito ao resultado da opinião popular.<sup>133</sup>

---

norma geral, mas à sua adequada aplicação a um caso. Segundo a tese de Günter, justificação e aplicação são critérios que podem ser analisados enquanto dois procedimentos discursivos distintos, que abordam distintos aspectos do princípio da imparcialidade: enquanto a *justificação* imparcial demanda um procedimento pelo qual sejam levados em conta *todos os interesses envolvidos* e leva à conclusão sobre a validade ou invalidade da norma (sem considerar circunstâncias que podem ser diferentes em diferentes casos de aplicação), a *aplicação* imparcial pede um procedimento em que sejam consideradas todas as características de uma situação concreta ou imaginária.

<sup>129</sup> Ibidem, p. 404. O autor esclarece que procedimento semelhante foi aquele chamado por Dworkin de “elaboração de uma teoria política coerente”.

<sup>130</sup> Ibidem, p. 411.

<sup>131</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando...** *cit.*, p. 136.

<sup>132</sup> Ibidem, p. 138-139. A doutrina da responsabilidade política é relativamente fraca quando se trata de políticas (um subsídio concedido neste ano por ser retirado no próximo), mas é forte em relação a princípios. Quanto aos argumentos de política (contidos em normas jurídicas), nem sempre as decisões judiciais precisam estar lastreadas pelos mesmos argumentos; os juízes têm de avaliar se uma política ainda pode ser adequadamente sustentada (exemplo: um determinado subsídio a determinada indústria com problemas — decisões anteriores não precisam ser compreendidas como sustentação da mesma política; coerência, neste caso, é a coerência na aplicação do princípio que se tomou por base).

<sup>133</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando...** *cit.*, p. 197.

Em “*O império do direito*”, Dworkin passa a defender o que chama de “*direito como integridade*”, entendendo, com isto, que o direito é produto da interpretação abrangente de toda a prática jurídica e é também fonte de inspiração da interpretação e, ainda, que há de ser compreendido com o olhar no passado e no futuro e, assim, o direito é, *ao mesmo tempo, descoberto e inventado*.<sup>134</sup>

Para ilustrar o “*direito como integridade*”, Dworkin se utiliza da metáfora do *romance em cadeia*, em que juízes são ao mesmo tempo autores e críticos. Imagine-se um romance em cadeia: um autor tem que dar continuidade ao romance começado por outros. Para isso, a interpretação adotada deve fluir ao longo do texto. A interpretação do próximo autor não é nem totalmente livre, nem totalmente mecânica. Não se encontrando interpretação que flua, é preciso diminuir as pretensões e elaborar uma interpretação ajustada ao conjunto mais fundamental (do ponto de vista artístico); se surgir mais de uma interpretação assim possível, então se deve retornar às convicções estéticas de base. A tentativa é feita com a finalidade de se chegar à melhor interpretação conquistável e defensável.<sup>135</sup> O “*direito como integridade*” requer a colocação do juiz como um autor na cadeia do direito consuetudinário: considera as decisões como parte da história a interpretar e continuar, com a finalidade de dar o melhor andamento à história (sob a ótica da moralidade política).<sup>136</sup>

Dworkin defende que o jurisdicionado tem direito a um direito *coerente* (“inconsútil”): Hércules<sup>137</sup> tem que construir um esquema de princípios que justifique coerentemente os precedentes e as disposições constitucionais e legais. A justificação tem que ser consistente com os princípios que fornecem as justificações nos níveis mais elevados da ordem jurisdicional (ordenação vertical) e com as

---

<sup>134</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 271. Tradução de: **Law's Empire**. Harvard: Harvard University, 1986.

<sup>135</sup> Ibidem, p. 275-285.

<sup>136</sup> Ibidem, p. 286.

<sup>137</sup> Hércules é um jurista imaginário criado por Dworkin (**Levando...** cit., p. 165), com capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas; Dworkin supõe que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana, que aceita as principais regras não controversas. Tal figura representa, em síntese, alguém que decide como se espera dos juízes que decidam os casos a eles apresentados.

justificações dadas no mesmo nível para outras decisões (ordenação horizontal).<sup>138</sup>

Porém, Dworkin sublinha que o argumento de equidade exige não só *consistência*, mas também *equitatividade*: se for possível demonstrar que o princípio que conduzia o precedente é injusto, aí o argumento de equidade é invalidado.<sup>139</sup>

Recorde-se que em diversas oportunidades históricas as cortes constitucionais revisitaram os princípios constitucionais, conferindo-lhes um sentido novo<sup>140</sup> (fazendo evoluir a constituição histórica, na terminologia de Nino, ou compreendendo a norma sob uma nova realidade normativa por ela recortada, na terminologia de Müller) ou efetivo ao que Dworkin chamaria de “princípios substantivos”, que determinam a alteração dos precedentes.<sup>141</sup>

Observe-se que o pós-positivismo adveio em período histórico em que se procurava uma ligação mais forte entre direito e moral, sob influência de receios gerados no pós-guerra por possibilidades de soluções jurídicas catastróficas em tese autorizadas pelo positivismo. Assim é que, como acentua Sarmiento,<sup>142</sup> não positivistas como Dworkin, Alexy e Nino defendem uma conexão necessária (e não apenas contingente) entre Direito e Moral, sufragando a tese de Gustav Radbruch, segundo a qual (independentemente de passarem em teste de *pedigree*) normas terrivelmente injustas não são juridicamente válidas. Sarmiento, contudo, acerca do que se convencionou chamar “*reductio ad hitlerum*”, traz o importante dado de que os estudos mais autorizados de História do Direito dão conta de que a teoria jurídica dominante durante o período nazista não foi o positivismo, mas sim uma espécie de jusnaturalismo que se insurgia contra o formalismo e recorria a conceitos vagos para interpretar a barbárie.<sup>143</sup>

---

<sup>138</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando...** *cit.*, p. 182-183.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 191.

<sup>140</sup> MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 47: a metódica jurídica não se dispõe apenas a manter orientações anteriores, mas também a transformá-las em casos novos, diante da mutabilidade da relação entre o “programa da norma” e o “âmbito da norma”.

<sup>141</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando...** *cit.*, p. 59-61.

<sup>142</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*. SARMENTO, Daniel. (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 120.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 139-140, nota 128.

É de se concordar com a necessidade de recurso à moral para a adequada justificação e aplicação do direito. E é no controle da forma como se dará a ligação entre direito e moral que se encontra a resposta à legitimidade das decisões judiciais: decisão legítima é aquela que reflete a comunidade política sob a melhor luz do ponto de vista da moralidade política, sob o contexto de justificação coerente mais abrangente. Erros serão cometidos pelos juízes, mas o uso de técnicas de decisão judicial pode diminuir a incidência deles.<sup>144</sup>

---

<sup>144</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando...** *cit.*, p. 202-203. Ainda que se esgotem as técnicas propriamente jurídicas para a tomada de decisões e ainda que se recorra à integridade do direito e à reconstrução da teoria de moralidade política que dá sustentação ao ordenamento jurídico (como proposto por Dworkin), sempre poderá haver um núcleo em que se encontra mais de uma decisão, sendo um par delas igualmente razoável/defensável, mesmo do ponto de vista da história da moralidade política da comunidade. Rawls, ao desenvolver sua “*justiça como equidade*”, adverte que: “Seria exagero supor que existe uma solução razoável para todos os problemas morais, ou mesmo para a maioria deles. Talvez apenas alguns possam ser satisfatoriamente resolvidos. De qualquer modo, a sabedoria social consiste na construção de instituições tais, que dificuldades incontroláveis não surjam com muita frequência, e na aceitação da necessidade de princípios claros e simples.” (RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 95. Tradução de: **A Theory of Justice**. Harvard: Harvard University, 1971).

## CONCLUSÕES PARCIAIS (CAPÍTULOS 1 E 2)

Até este ponto, o presente trabalho procurou tratar daquilo que se há de entender por suficiência de prova para o julgamento do mérito em favor da parte que tem o ônus da prova.

Para tanto, fez-se necessário optar pela finalidade do processo como sendo a de resolver *com justiça* as controvérsias postas em juízo. Para desincumbir-se desta finalidade, a busca da verdade dos fatos é importante para o processo, consistindo na finalidade institucional da instrução probatória.

É certo que há regras processuais que definem um âmbito restrito de incidência das provas e outras que limitam o conhecimento dos fatos no processo: cada qual destas regras há de ter uma justificada razão de ser para equilibrar-se em uma sistemática processual sustentada por uma constelação de princípios a serem observados de forma coerente com a moralidade política vigente.

Concluiu-se que o “*ponto do ônus da prova*”, aquela intensidade probatória mínima na constatação dos fatos que precisa ser alcançada para que o juiz possa proferir uma decisão fundada em um determinado fato jurídico, não será adequado a bem atender ao direito material se for estabelecida sempre em 50% ou sempre em simples preponderância em relação às outras hipóteses fáticas possíveis. Observou-se, também, porém, que é equivocado estabelecerem-se previamente grupos de casos em que o tipo e *quantum* de prova deva ser plena ou meramente verossimilhante. É preciso adotar conscientemente a livre valoração racional e motivada das provas e justificar sua legitimidade, assim como a do *standard* de prova aplicável ao caso. E será preciso encontrar pontos de ônus da prova diferenciados para as diferentes necessidades dos casos em que a prova for avaliada.

Porque não há, em um ordenamento jurídico, valor que seja absoluto, há de se verificar no caso concreto qual combinação de valores deve preponderar, a partir de uma concepção do direito enquanto integridade. Na temática da suficiência da



prova, é essencial assumir que existe uma gama de demandas diversas por diferentes aspectos (dificuldade de prova por diversos motivos, questionamentos que se colocam sobre as consequências jurídicas a serem atribuídas ao comportamento das partes em juízo ou fora, diferenças de valores trazidas pelo próprio direito material discutido em juízo, eventual diferença de peso de uma decisão equivocada para uma e para outra parte, cultura mutante etc.) e que cada um destes aspectos diferentes poderá ter de ser levado em conta no tratamento jurídico para o acerto dos fatos, para a escolha da aceitabilidade das hipóteses possíveis acerca dos fatos objetos da prova, para a correta decisão acerca de qual o *standard* de prova aplicável ao caso, para a atribuição do ônus da prova e, finalmente, para a entrega da prestação jurisdicional adequada.

Viu-se que a probabilidade de ocorrência de um determinado fato tem de ser conjugada, para a decisão do mérito da causa, com o *standard* de prova aplicável, bem como que o *standard* de prova pode precisar ser adequado ao caso concreto, fazendo parte daquilo que se pede ao Judiciário que, incidentalmente, decida.

Até o presente ponto, este trabalho voltou-se primordialmente às questões relativas àquilo que deve ser considerado como um resultado probatório suficiente para a colheita de uma pretensão ou para sua improcedência: as hipóteses até aqui são (a) basta a prova produzida para se julgar procedente o pedido ou (b) a prova é em sentido contrário e basta para ser julgado improcedente o pedido.

A partir do próximo tópico, será analisada a hipótese em que a prova não é suficiente: ou não se produziu qualquer prova acerca do fato principal controvertido e necessário para a apreciação do mérito ou a prova produzida não é suficiente (não supriu o *standard* aplicável) para autorizar conclusão suficientemente segura acerca da ocorrência ou não do fato.

## PARTE II - INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA: O ÔNUS DA PROVA

### 3 O ÔNUS DA PROVA E SUA REGRA GERAL

#### 3.1 ÔNUS DA PROVA E DIREITO À PROVA. CARACTERIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Nos primórdios da afirmação do processo como ramo autônomo do direito, Goldschmidt defendeu que as categorias do direito privado (direito subjetivo, exigência, obrigação etc.) são pontos de apoio para todas as disciplinas jurídicas, mas que qualquer disciplina jurídica nova tem de abandoná-las e procurar categorias que lhe sejam adequadas. O autor observava que as teorias correntes até então se formaram segundo o modelo do direito privado e defendia que era preciso buscar categorias adequadas ao direito processual.<sup>145</sup>

Dando continuidade a seu raciocínio, Goldschmidt defende que os nexos jurídicos correlativos entre as partes são *expectativas* de sentença favorável ou *perspectivas* de sentença desfavorável. Expectativas de sentença favorável dependem de atos processuais anteriores da parte interessada. A parte que pode, mediante ato seu, obter vantagem processual, tem uma *possibilidade ou ocasião* processual, como, por exemplo, a de fundamentar a demanda, de propor ou *produzir provas*, de negar fatos, de propor exceções.<sup>146</sup> De outro lado, quando a parte tem de fazer algo para prevenir um prejuízo processual, ela tem um ônus. São, por exemplo, o ônus do réu de comparecer, do chamado a declarar, do réu de contestar e o *ônus da prova*. Excepcionalmente, finaliza Goldschmidt, a lei pode dispensar uma parte de um ônus.<sup>147</sup>

---

<sup>145</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Teoría General del Proceso**. Barcelona; Madrid; Buenos Aires; Rio de Janeiro: Labor, 1936, p. 12-13.

<sup>146</sup> Ibidem, p. 50-51.

<sup>147</sup> Ibidem, p. 52.

Produzir prova em processo pode ser compreendido tanto como o exercício de um direito — inerente ao direito constitucional ao contraditório — quanto como a desincumbência de um ônus. Há de se divisar, porém, o *direito à prova* (direito constitucional incluído na cláusula do devido processo legal e consistente em um direito subjetivo público que corresponde ao dever do Estado-juiz de realizar os juízos de admissibilidade e valoração das provas requeridas e produzidas<sup>148</sup>) do *ônus da prova*, que recairá, conforme o caso, sobre uma ou outra das partes.<sup>149</sup>

Veja-se, porém, que o exercício do direito subjetivo público de produzir uma prova em face do Estado-juiz não consiste em exercício de direito que se satisfaça por si mesmo: o jurisdicionado que quer exercer seu direito de produzir prova não o faz como simples gozo de um direito, mas porque assim agindo poderá influir na instrução do feito de modo a obter pronunciamento jurisdicional favorável. Em outros termos: o exercício do direito à prova se dá tendo em vista a existência de um ônus da prova.

Divergência doutrinária antiga diz respeito à colocação do ônus da prova dentre as situações jurídicas ativas ou passivas. Como acentua Mercedes Fernández Lopez,<sup>150</sup> situar o ônus da prova em um (situação passiva) ou outro (situação ativa) lado implica assumir uma perspectiva de análise que ou dá preferência à situação de *sujeição* em que se encontra o titular do ônus para evitar a perspectiva de uma situação desfavorável, ou à *liberdade* que o ordenamento lhe confere para exercer ou não seus poderes processuais.

Os autores que situam o ônus da prova entre os deveres e obrigações levam em consideração basicamente duas ideias principais: (1) a sujeição da vontade daquele que é onerado e (2) as consequências que decorrem da falta de exercício

---

<sup>148</sup> Para Rosenberg, só se pode falar em direito à prova desde o ponto de vista unilateral do juiz, não se considerando a relação com o adversário. (ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Tradução espanhola Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJEJA, 1956, p. 78. Tradução de: **Die Beweislast**. 3. ed. München; Berlin: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1951).

<sup>149</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 63.

<sup>150</sup> FERNÁNDEZ LOPEZ, Mercedes. **La carga de la prueba en la práctica judicial civil**. Madri: La Ley, 2006, p. 39.

do ônus, que, embora não configurem sanção jurídica<sup>151</sup> (e por isso o ônus se diferencia dos deveres e obrigações), implicam perda de vantagens processuais. Contra os argumentos destes autores, alude-se que: (1) o ônus é a possibilidade de agir para satisfazer interesse próprio (diferentemente de quando se cumpre obrigação) e (2) não há, no ônus, um direito correlativo da contraparte (diferentemente do que se passa na obrigação). Já os autores que consideram o ônus da prova uma situação jurídica ativa ressaltam a ausência de uma sanção jurídica para o caso de descumprimento do ônus e, como decorrência disso, a possibilidade que é deferida à parte de exercitar ou não o ônus; sob esta perspectiva, prevalece a liberdade<sup>152</sup> frente à sujeição.<sup>153</sup>

Diante destas ponderações, considerando-se que o ônus não vem acompanhado de um direito correlato deferido à parte contrária, que seu não cumprimento não autoriza aplicação de sanção jurídica, que o desincumbir-se de um ônus tem como móvel o próprio interesse em obter uma vantagem (e evitar uma desvantagem), pode-se concluir que o ônus aproxima-se mais das situações jurídicas ativas do que das passivas.<sup>154</sup>

A ideia de ônus, embora corresponda a uma posição subjetiva ativa, aproxima-se menos da noção de *direito subjetivo* do que da noção de *faculdade*. Com efeito, aquele que é titular de um direito subjetivo é detentor de uma pretensão em relação a um determinado comportamento de outrem, o qual, por sua vez, tem um dever jurídico de adotar o comportamento correlato. Já o titular do *ônus* não tem pretensão a comportamento de outrem. Assim, o desincumbir-se de um ônus

---

<sup>151</sup> Para Micheli, na violação de uma *obrigação* há uma violação a um comando jurídico, enquanto na inobservância de um *ônus* há inobservância de uma regra de conveniência. No primeiro caso há uma sanção jurídica e no segundo há uma sanção apenas econômica. (MICHELI, Gian Antonio. **L'onere della prova**. Padova: Cedam, 1966, p. 68).

<sup>152</sup> É a posição de Micheli (**L'onere...** *cit.*, p. 79), para quem o ponto central do ônus é dar ao sujeito um *poder* idôneo a produzir um efeito jurídico para o qual é condição necessária e suficiente. Além disso, o autor defende (p. 130-131) que o *ônus se reduz a um conceito metajurídico*, enquanto no plano jurídico se indagará se se conferiu à parte: a) um poder probatório; b) um poder de colaboração subordinado a um poder prevalente do juiz de pesquisar e aplicar a norma de ofício ao caso concreto; ou c) uma faculdade correspondente a uma atividade lícita da parte, sem qualificação jurídica ulterior.

<sup>153</sup> FERNÁNDEZ LOPEZ, Mercedes. *Op. cit.*, p. 42-44.

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 46.

assemelha-se ao exercício de uma faculdade na medida em que não correspondem (nem o ônus nem a faculdade) a uma relação correlata da contraparte.<sup>155</sup>

Ainda diferentemente de uma simples faculdade ou de um poder, o ônus é instrumental em relação à vantagem pretendida.<sup>156</sup> Trata-se, portanto, o ônus, de categoria dotada de contornos teórico-conceituais próprios.

Em razão do princípio da aquisição das provas, derivado da tradição romana, diz-se que o ônus da prova é um ônus incompleto, pois o êxito na causa não depende apenas da parte onerada, mas também da outra parte (e, ainda, na medida em que se reforça a tendência em admitir a determinação de ofício da produção de provas, depende também da prova que se obteve por ordem judicial). Para Micheli, essa análise não observa o aspecto mais interessante: a falta de prova (ou sua insuficiência) é apenas pressuposto para aplicar a regra do ônus da prova na fase de juízo, quando não está mais em causa a relação entre a atividade das partes e o resultado obtido. Por isso, para Micheli, não parece útil dizer que o ônus da prova é incompleto em razão do princípio da aquisição das provas. Não é útil nem para diferenciar o ônus completo (exemplo: de exceção) do incompleto, nem para evidenciar os vários tipos de processo civil. O ônus (completo ou incompleto), para o mencionado autor, é apenas um modo de ser de poder.<sup>157</sup>

### 3.1.1 As dimensões formal e material do ônus da prova

Diz-se que o ônus da prova seria norma dirigida às partes quando lhes imputa a cada qual o ônus de provar determinados fatos, sob pena de serem considerados não provados, em prejuízo do onerado. Nesse sentido, tratar-se-ia de regra de conduta, dirigida às partes — a dimensão formal do ônus da prova.

---

<sup>155</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 62.

<sup>156</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Op. cit.*, p. 50-51.

<sup>157</sup> MICHELI, Gian Antonio. *L'onere... cit.*, p. 148-149.

Ao lado desta, haveria uma dimensão material do ônus da prova, consistente em uma regra de juízo, dirigida ao juiz com a finalidade de evitar o *non liquet*<sup>158</sup> caso, ao fim da instrução, resulte nenhuma ou insuficiente a prova produzida acerca de algum dos fatos principais da causa sobre os quais haveria de ser produzida prova (fato controverso e não notório). Tal regra de juízo não especifica quando caberá considerar que o fato resulta incerto, mas ela trata de como resolver a situação quando se concluir pela insuficiência da prova produzida, estipulando qual das partes deverá sofrer a consequência negativa derivada da insuficiência.

Essas duas dimensões são apenas ângulos de observação do mesmo fenômeno: o ônus da prova funciona para estabelecer uma regra para julgamento da causa caso não se tenha prova bastante ao final da instrução, e, nesta medida, sob o aspecto de *como* se deve julgar a causa, ele pode ser encarado objetivamente. Por outro lado, vistas as coisas sob a perspectiva das partes, há uma estimativa, desde antes da propositura da demanda, acerca de “como” a causa será julgada caso haja deficiência na instrução; é elaborando um raciocínio em perspectiva que as partes adotam suas estratégias processuais e quiçá pré-processuais (pré-constituindo provas que lhes poderão ser úteis e mantendo-as em seu poder).<sup>159</sup>

### 3.2 ÔNUS DA PROVA. REGRA GERAL

Bülow,<sup>160</sup> em 1868, afirmava que, no que diz respeito à relação jurídica de direito material, o princípio da distribuição por igual entre as partes de vantagens e desvantagens “*faz tempo*” conduziu a uma separação entre demanda e exceção e entre fatos constitutivos e impeditivos e extintivos e que, da mesma forma, é preciso

---

<sup>158</sup> Como se verá adiante, Giovanni Verde, com acerto, observa que a necessidade de existir uma regra de ônus da prova advém não só do objetivo de se evitar um *non liquet*, mas da ideia de que o juiz deve rejeitar a demanda que não tenha seus pressupostos fáticos provados (VERDE, Giovanni. **L'onere della prova nel Processo Civile**. Napole: Jovene, 1974, p. 27).

<sup>159</sup> Neste sentido: YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 66.

<sup>160</sup> BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los pressupuestos procesales**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 8. Tradução de: **Die Lehre von den Processenreden und die Prozessvoraussetzungen**. Giesen: Emil Roth, 1868.

separar os fatos da relação processual e investigar quais são os constitutivos e quais são os impeditivos.

Os critérios de tradições, legisladores e autores para a distribuição do ônus da prova foram diversos ao longo da história. Victor de Santo<sup>161</sup> enumera nove:

- 1) A tese que atribui o ônus da prova ao autor, mas dá o caráter de autor ao réu que excepciona. Esta tese é conhecida por máximas latinas: *onus probandi incumbit actori; necessitas probandi ei qui agit; actoris non probandis, reus est absolvendus; reus in excipiendo fit actor; reus in excipiendo actor est.*
- 2) Tese que atribui o ônus da prova a quem afirma e exime do ônus quem nega. Também tem origem em aforismos romanos: *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat; affirmanti non neganti incumbit probatio; negativa non sunt probanda.*
- 3) Tese (similar à 1ª) que atribui ao autor a prova dos fatos que fundamentam suas pretensões e ao réu a prova dos fatos que fundamentam suas exceções.
- 4) Tese do normal e do anormal (regra e exceção). Para esta doutrina, o normal se presume e quem alega o anormal tem o ônus de provar.
- 5) Tese (similar à 4ª) que impõe a prova a quem pretende inovar.
- 6) Tese que atribui ao autor a prova dos fatos constitutivos e ao réu a dos extintivos ou impeditivos.
- 7) Tese que atribui a cada parte o ônus de provar os pressupostos fáticos da norma jurídica que pretende aplicada.
- 8) Tese que distribui o ônus da prova segundo a posição das partes a respeito do efeito jurídico pretendido. Como o efeito pretendido é o prescrito pela norma de direito material e condicionada à prova dos pressupostos fáticos previstos nesta norma, esta tese coincide com a 7ª.
- 9) Tese que atribui o ônus da prova à parte cuja pretensão ou exceção tem o fato como pressuposto necessário (conforme norma jurídica aplicável). Esta tese sublinha que não é preciso que a parte tenha invocado a norma correta, pois *iura novit curia*.

---

<sup>161</sup> DE SANTO, Victor. **La prueba judicial**: teoría y práctica. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994, p. 72-86.

No ordenamento jurídico brasileiro temos uma regra geral positiva explícita que disciplina o ônus da prova, constante do art. 333 do Código de Processo Civil (“O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”). Redações semelhantes são encontráveis nos ordenamentos italiano<sup>162</sup> e espanhol.<sup>163</sup>

Também em ordenamentos em que não há regra positivada a respeito do tema, como é o caso da Alemanha, a questão é tratada de forma assemelhada, desenvolvendo-se a *Normentheorie*, segundo a qual ao autor incumbe provar os fatos que sejam pressupostos para a aplicação da norma jurídica em que se funda a pretensão por ele formulada e ao réu os fatos que sejam impeditivos, modificativos ou extintivos da aplicação daquela norma afirmada pelo autor (teoria da negação) ou que sejam fundamentos fáticos da norma impeditiva, modificativa ou extintiva que embasa a exceção apresentada pelo réu (teoria da exceção).<sup>164</sup>

Inicialmente há de se estabelecer o que (especialmente para o fim de atribuição do ônus da prova) há de se entender por fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos dos direitos das partes.

---

<sup>162</sup> O art. 2.697 do Código Civil italiano estabeleceu: “Aquele que quer fazer valer um direito em juízo deve provar os fatos que constituem seu fundamento. Aquele que alega como exceção a ineficácia de tais fatos, ou que o direito se modificou ou extinguiu, deve provar os fatos em que se funda a exceção”. (tradução livre)

<sup>163</sup> O art. 217 da LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil) dispõe: “1. Quando, ao tempo de ditar sentença ou resolução semelhante, o tribunal considera duvidosos fatos relevantes para a decisão, deixará de acolher as pretensões do autor ou do reconvinte, ou as do demandado ou reconvindo, segundo corresponda a uns ou outros o ônus de provar os fatos que permaneçam incertos e fundamentem as pretensões. 2. Corresponde ao autor e ao demandado reconvinte o ônus de provar a certeza dos fatos dos quais ordinariamente se infira, segundo as normas jurídicas a eles aplicáveis, o efeito jurídico correspondente às pretensões da demanda e da reconvenção. 3. Incumbe ao demandado e ao autor reconvindo o ônus de provar os fatos que, conforme as normas que lhes sejam aplicáveis, impeçam, extingam ou abalem a eficácia jurídica dos fatos a que se refere o apartado anterior” (tradução livre). Após ressaltar expressamente regras especiais, o apartado 7 deste mesmo artigo estabelece que “Para a aplicação do disposto nos apartados anteriores deste artigo, o Tribunal deverá ter presente a disponibilidade e a facilidade probatória que corresponde a cada uma das partes do litígio” (tradução livre).

<sup>164</sup> ROSENBERG, Leo. *Op. cit.*, p. 43-44 e 321-322. Rosenberg é partidário da teoria da exceção (*Op. cit.*, p. 322).



### 3.3 O QUE ENTENDER POR FATOS CONSTITUTIVOS, IMPEDITIVOS, MODIFICATIVOS E EXTINTIVOS

Ensina-se em doutrina, com apoio em Chiovenda, que fatos *constitutivos* são os que dão vida à vontade da lei.<sup>165</sup> *Extintivos* seriam os fatos que põem fim, no caso concreto, a uma vontade da lei. *Modificativos* são os fatos que alteram os efeitos da constituição de um direito. E os fatos *impeditivos* seriam aqueles que impossibilitam que o fato constitutivo produza seus efeitos,<sup>166</sup> na medida em que sua ausência (dos fatos impeditivos) deve concorrer com os fatos constitutivos para dar vida a um direito.

Na lição de Chiovenda, haveria dois tipos de causas que teriam de concorrer para o nascimento de um direito: (a) as causas eficientes ou específicas, que comporiam o fato constitutivo, e (b) as causas concorrentes ou gerais. A *ausência* destas últimas causas (causas concorrentes ou gerais) seriam os fatos impeditivos.<sup>167</sup>

Como daí se depreende, a dificuldade inicial está em distinguir os fatos constitutivos dos fatos impeditivos. Se há fatos concorrentes para o nascimento de um direito, quais os que devem ser alocados como constitutivos e quais os que devem sê-lo como impeditivos?

---

<sup>165</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: RT, 2009, p. 165.

<sup>166</sup> Ibidem, p. 165-6.

<sup>167</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, v. 2, p. 78.

### 3.3.1 Critério do interesse na prova

Ensina-se em doutrina<sup>168</sup> que a distribuição do ônus da prova segundo a norma contida no artigo 333 do Código de Processo Civil<sup>169</sup> observa a regra de que o ônus incumbe à parte que tem *interesse* no fato a ser provado (Chiovenda), porque se beneficiará — com uma tutela jurisdicional favorável — deste reconhecimento. Dinamarco<sup>170</sup> aponta também diversas outras disposições normativas esparsas que atribuem o ônus da prova segundo o interesse em provar, no Código de Processo Civil<sup>171</sup> e no Código Civil.<sup>172</sup>

---

<sup>168</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 3, p. 72.

<sup>169</sup> “Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

<sup>170</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 74.

<sup>171</sup> **Art. 389.** Incumbe o ônus da prova quando: I - se tratar de falsidade de documento, à parte que a arguir; II - se tratar de contestação de assinatura, à parte que produziu o documento. **Art. 337.** A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.

<sup>172</sup> **Art. 181.** Ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga. **Art. 310.** Não vale o pagamento cientemente feito ao credor incapaz de quitar, se o devedor não provar que em benefício dele efetivamente reverteu. **Art. 332.** As obrigações condicionais cumprem-se na data do implemento da condição, cabendo ao credor a prova de que deste teve ciência o devedor. **Art. 353.** Não tendo o devedor declarado em qual das dívidas líquidas e vencidas quer imputar o pagamento, se aceitar a quitação de uma delas, não terá direito a reclamar contra a imputação feita pelo credor, salvo provando haver ele cometido violência ou dolo. **Art. 399.** O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada. **Art. 461.** A alienação aleatória a que se refere o artigo antecedente poderá ser anulada como dolosa pelo prejudicado, se provar que o outro contratante não ignorava a consumação do risco, a que no contrato se considerava exposta a coisa. **Art. 613.** Sendo a empreitada unicamente de labor (art. 610), se a coisa perecer antes de entregue, sem mora do dono nem culpa do empreiteiro, este perderá a retribuição, se não provar que a perda resultou de defeito dos materiais e que em tempo reclamara contra a sua quantidade ou qualidade. **Art. 644.** O depositário poderá reter o depósito até que se lhe pague a retribuição devida, o líquido valor das despesas, ou dos prejuízos a que se refere o artigo anterior, provando imediatamente esses prejuízos ou essas despesas. Parágrafo único. Se essas dívidas, despesas ou prejuízos não forem provados suficientemente, ou forem ilíquidos, o depositário poderá exigir caução idônea do depositante ou, na falta desta, a remoção da coisa para o Depósito Público, até que se liquide. **Art. 667.** O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente. § 1º Se, não obstante proibição do mandante, o mandatário se fizer substituir na execução do mandato, responderá ao seu constituinte pelos prejuízos ocorridos sob a gerência do substituto, embora provenientes de caso fortuito, salvo provando que o caso teria sobrevivendo, ainda que não tivesse havido substabelecimento. **Art. 877.** Aquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro. **Art. 936.** O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior. **Art. 1.588.** O pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo

Carnelutti<sup>173</sup> observa, porém, que, enquanto o ônus da afirmação não pode ser distribuído, porque é unilateral (ou seja, só uma das partes tem interesse em afirmar um fato, enquanto a outra tem interesse em negá-lo), o ônus da prova pode, por haver interesse recíproco das partes em fixar um fato incerto (embora uma das partes tenha interesse em que ele seja fixado em um sentido e a outra tenha interesse em que ele seja fixado em sentido contrário). Imagine-se, por exemplo, que o autor alega um negócio jurídico válido como causa de pedir e o réu afirma incapacidade de um dos contratantes: uma das partes (autor) tem interesse na prova da capacidade do contratante e a outra (réu) tem interesse na prova da incapacidade. Pode-se dizer, com isto, que o ônus da prova *precisa* estar distribuído: é uma questão de necessidade de se saber quem sucumbirá caso ao final não haja prova bastante. No exemplo dado, não havendo ao final prova bastante da capacidade ou incapacidade do contratante, é preciso decidir (ainda que incidentalmente) pela validade ou invalidade do negócio.

Conclui Carnelutti que é preciso verificar, para a fixação do ônus da prova, qual a parte que tem interesse no reconhecimento da existência do fato e qual a parte que tem interesse no reconhecimento de sua inexistência. Pondera Carnelutti que, contudo, não existe paralelo entre o ônus da afirmação e o ônus da prova<sup>174</sup>: se deve provar aquele que tinha de afirmar, isto é assim por uma escolha legal, não porque quem tinha o ônus de afirmar fosse o único interessado em provar.

Sendo assim, a lógica do interesse na produção da prova não resolve o problema da definição do ônus da prova, na medida em que, enquanto uma parte tem interesse em provar a ocorrência de um fato, a outra terá interesse em provar sua inocorrência.

---

os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente. **Art. 1.965.** Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserção, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador.

<sup>173</sup> CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. Tradução argentina Niceto de Alcalá-Zamora y Castillo. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 14. Tradução de: **La prova civile**. 2ª ed. Roma: So. Gra. Ro., 1947.

<sup>174</sup> Ibidem, p. 15, nota 18.

Assim, por exemplo, se um tema de prova é a culpa, uma parte terá interesse em que fique provada a culpa da outra, enquanto esta última terá interesse em que se prove que *não* agiu com culpa. A pergunta que a problemática do ônus da prova traz é: quem sucumbirá caso não se faça prova bastante acerca da culpa ou da falta de culpa? O *interesse* na prova não responde à questão.

O raciocínio, esclareça-se, é vicioso: interesse na produção da prova (em um sentido — “houve culpa”/“havia capacidade” — ou em outro — “não houve culpa”/“havia incapacidade” —, ou seja, para provar *x* ou *não-x*, conforme a tese sustentada por cada qual das partes) ambas as partes têm, de modo que tal critério não ajuda na atribuição do ônus da prova. O interesse só surgiria porque alguém irá sucumbir caso a prova não se produza, e este alguém é exatamente aquele a quem é atribuído o ônus da prova; mas com que critério foi-lhe atribuído tal ônus se interesse na prova ambas as partes tinham? Retorna-se, destarte, ao problema de se apartar os fatos constitutivos do direito afirmado pelo autor dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos deste direito.

### 3.3.2 O critério da estrutura da norma

Rosenberg<sup>175</sup> defende que a questão de se saber qual das partes deve suportar a consequência da falta de prova precisa de uma resposta consistente em uma regra de direito fixa e abstrata, que deve ser formulada pela ciência e que consiste em que cada parte tem o ônus de afirmar e de provar os pressupostos da norma que lhe é favorável. As dificuldades surgem quando é preciso saber quais são as normas favoráveis ao autor e quais as favoráveis ao réu. Rosenberg explicita que para se saber se um fato pertence ao grupo dos constitutivos ou ao dos impeditivos, modificativos ou extintivos é preciso retornar ao preceito jurídico que tem este fato por pressuposto.<sup>176</sup>

---

<sup>175</sup> ROSENBERG, Leo. *Op. cit.*, p. 122-3.

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 133.

Assim, por exemplo, quando o autor pede o reconhecimento de propriedade por usucapião, tem de provar a posse por dez anos (parágrafo 937, I, BGB<sup>177</sup>), não precisa provar a boa-fé, pois a má-fé é que é impeditiva da aquisição (par. 937, II, BGB<sup>178</sup>) e, portanto, a má-fé teria de ser provada pelo réu.<sup>179</sup> Para o mencionado jurista, uma situação é o Código Civil dispor (a) que adquire uma coisa móvel quem a possui por dez anos, *a menos que* esteja de má-fé (como faz o parágrafo 937 do BGB) e situação diversa seria (b) se o Código dissesse que adquire a propriedade quem *de boa-fé* a possui por dez anos.<sup>180</sup> No primeiro caso (a) o direito material opta por alocar a má-fé como fato impeditivo e no segundo (b) opta por erigir a boa-fé a pressuposto da aquisição. Havendo dúvida sobre a boa ou má-fé, o direito material opta (segundo a opinião de Rosenberg) no primeiro caso (a) por decidir a favor da aquisição da propriedade e no segundo caso (b) contra a aquisição da propriedade.

A distribuição do ônus da prova é, destarte, para Rosenberg, consequência da estruturação do direito material.<sup>181</sup>

Observe-se, porém, que nem sempre a forma como são redigidas as leis de direito material tem em conta (ao menos é assim no Brasil) o modo como deverá restar regulada a distribuição do ônus da prova. O critério, portanto, embora seja útil e correto em muito dos casos, pode resultar equivocado em outros.

---

<sup>177</sup> (1) *Wer eine bewegliche Sache zehn Jahre im Eigenbesitz hat, erwirbt das Eigentum (Ersitzung)*: Quem tem uma coisa móvel por dez anos em sua posse, adquire a propriedade (prescrição) (tradução livre).

<sup>178</sup> (2) *Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn der Erwerber bei dem Erwerb des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben ist oder wenn er später erfährt, dass ihm das Eigentum nicht zusteht*: a prescrição é vedada quando o adquirente não está de boa-fé para a aquisição da posse ou quando ele mais tarde descobre que não observa a propriedade (tradução livre).

<sup>179</sup> ROSENBERG, Leo. *Op. cit.*, p. 138.

<sup>180</sup> É a redação do Código Civil brasileiro de 2002: “Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos. [...] Art. 1.260. Aquele que possuir coisa móvel como sua, contínua e incontestadamente durante três anos, com justo título e boa-fé, adquirir-lhe-á a propriedade.” Veja-se, porém, que no Código anterior uma era a redação para usucapião de bem móvel e outra para usucapião de imóvel: “Art. 551. Adquire também o domínio do imóvel aquele que, por 10 (dez) anos entre presentes, ou 15 (quinze) entre ausentes, o possuir como seu, contínua e incontestadamente, *com justo título e boa-fé*. (Redação dada pela Lei nº 2.437, de 7.3.1955) [...] Art. 618. Adquirirá o domínio da coisa móvel o que a possuir como sua, sem interrupção, nem oposição, durante 3 (três) anos. Parágrafo único. *Não gera usucapião a posse, que se não firme em justo título, bem como a inquilinada, original ou supervenientemente, de má-fé.*”

<sup>181</sup> ROSENBERG, Leo. *Op. cit.*, p. 163-164.

Veja-se que, para Leonardo,<sup>182</sup> um fato jurídico pode não ser válido ou eficaz não só em razão de *normas* autônomas (impeditivas do direito pretendido), pois o fato impeditivo pode resultar da ausência de um componente fático previsto *na mesma norma* constitutiva do direito. Isto ocorre quando a mesma norma prevê requisitos de existência, validade e eficácia de um fato jurídico. O autor dá como exemplo o dispositivo contido no art. 1.626 do Código Civil de 1916 (“Art. 1.626. Considera-se testamento o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte”), assentando que o fato morte é impeditivo da eficácia do testamento. Para Leonardo, fato impeditivo é aquele que impede a produção de efeitos pertinentes à situação jurídica postulada em juízo.<sup>183</sup>

Tem-se, então, corretamente, que um fato impeditivo pode vir previsto no mesmo texto normativo em que previsto o fato constitutivo, de sorte que a estrutura positiva do direito material não oferece um critério seguro para que se saiba o que será ônus de uma ou outra parte provar.

### 3.3.3 O critério da pretensão formulada em juízo

Para Micheli,<sup>184</sup> a determinação do *thema probandum* (e, por isso, o âmbito do ônus da prova) vem fixada tendo em conta a pretensão de cada parte em juízo e a relação entre a parte e o efeito jurídico por ela pretendido.

É a mesma advertência feita por Mercedes Fernández López quando trata da relatividade da classificação dos fatos como constitutivos, extintivos, modificativos ou impeditivos: os fatos, para o fim de atribuição do ônus da prova no processo, não têm essa qualidade (constitutivos, impeditivos etc.) em si, mas em atenção à pretensão e à defesa apresentadas. A autora exemplifica: o pagamento será fato

---

<sup>182</sup> ROSENBERG, Leo. *Op. cit.*, p. 148-9.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 154-5.

<sup>184</sup> MICHELI, Gian Antonio. *L'onere... cit.*, p. 442.

constitutivo na pretensão de repetição do indébito, mas será fato extintivo quando alegado como defesa pelo devedor que é cobrado; a menoridade é fato constitutivo da pretensão declaratória de nulidade de um contrato, mas é fato impeditivo quando o autor quer que o contrato produza efeitos.<sup>185</sup>

Esses dois exemplos são bastante didáticos e persuasivos, na medida em que tratam do problema da distribuição do ônus da prova de forma que não há objeção que possa ser levantada às suas conclusões. No entanto, nem sempre será clara a natureza constitutiva ou impeditiva de um fato no processo, ainda que se raciocine sob a luz do critério da pretensão formulada em juízo. Pode-se pensar, por exemplo, em pleito em que o autor alega não ter negócio algum com o réu e estar sendo cobrado (e apontado a protesto) indevidamente: aparentemente, pela regra do art. 333 do Código de Processo Civil, parece incumbir ao autor provar que não tem negócio com o réu. Mas, adiante-se, não é assim que, acertadamente, decidem nossos tribunais.<sup>186</sup> Outro caso problemático (que será estudado adiante) que traz problemas para o critério da pretensão é a tese da *exceptio non adimpleti contractus*. Igualmente, são problemáticas as alegações negativas.

Se há casos em que a letra do art. 333 do Código de Processo Civil não é o que determina a distribuição do ônus da prova, pergunta-se, então: sendo formulada uma pretensão em juízo pelo autor, por qual motivo estaria ele dispensado da prova de algum fato que fundamenta sua pretensão (cabendo, por conseguinte, ao réu fazer a prova do fato contrário caso queira evitar a sucumbência)?

---

<sup>185</sup> FERNÁNDEZ LOPES, Mercedes. *Op. cit.*, p. 94-95.

<sup>186</sup> “DUPLICATA SEM CAUSA. NULIDADE. ÔNUS DA PROVA. – Negada pelo sacado a causa que autorizaria o saque da duplicata, cumpre ao sacador comprovar documentalmente a entrega e o recebimento da mercadoria (arts. 333, II, e 334, II, do CPC; 15, II, “b”, da Lei nº 5.474, de 18.7.1968). Recurso especial conhecido e provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 141.322/RS**. Relator: ministro Barros Monteiro. 4. Turma. Julgado: 01 abr. 2004. DJ 14 jun. 2004, p. 221).

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PROTESTO DE DUPLICATA. EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA SUBJACENTE AO TÍTULO. ÔNUS DA PROVA. PROVA NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE MATERIAL. I. Tratando-se de alegação de inexistência de relação jurídica ensejadora da emissão do título protestado, impossível impor-se o ônus de prová-la ao autor, sob pena de determinar-se prova negativa, mesmo porque basta ao réu, que protestou referida cártula, no caso duplicata, demonstrar que sua emissão funda-se em efetiva entrega de mercadoria ou serviços, cuja prova é perfeitamente viável. Precedentes. II. Recurso especial conhecido e provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 763.033/PR**. Relator: ministro Aldir Passarinho Junior. 4. Turma. Julgado: 25 maio 2010. DJe 22 jun. 2010).

Perscrutar a ideia que existe por trás da regra constante do art. 333 do Código de Processo Civil parece fundamental para que se esclareçam em cada caso quais os fatos constitutivos e quais os impeditivos, extintivos e modificativos e, por conseguinte, quais os fatos cujo ônus da prova incumbe à parte que formula pretensão e, de outro lado, quais os fatos cujo ônus da prova incumbe à parte que resiste à pretensão da outra.

É certo que a regra geral do ônus da prova (estampada na letra do art. 333 do Código de Processo Civil) não resolverá sempre de forma satisfatória todos os problemas a ela colocados; mas deverá haver uma lógica que a sustenta. E compreender qual é essa lógica será essencial para saber quando, desrespeitada a lógica, a regra deva ser adequada/adaptada. O próximo tópico se destinará, assim, a responder à seguinte pergunta: qual a lógica que alimenta o princípio de que fatos que embasam minha pretensão ou minha resistência devam ser por mim comprovados? Já está patente que o interesse, por ser bilateral, não oferece uma resposta satisfatória à questão (como se viu no item 3.3.1). A estrutura da norma, igualmente, (como se viu no item 3.3.2) não é um critério seguro.

### 3.4 A LÓGICA DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Verde<sup>187</sup> esclarece que a necessidade de existir uma regra de juízo (ou seja, uma regra de ônus da prova, para se decidir caso não haja prova ou a prova produzida seja infrutífera ou insuficiente) advém não de ser preciso autorização para o juiz decidir o mérito no caso de incerteza acerca dos fatos (simplesmente superar o *non liquet*), mas sim da convicção de que é necessária uma regra apropriada para que o juiz *rejeite* a demanda que não tenha seus *pressupostos fáticos* provados.

---

<sup>187</sup> VERDE, Giovanni. **L'onere della prova nel Processo Civile**. Napole: Jovene, 1974, p. 27.



Sob uma perspectiva crítica, Ovídio A. Baptista da Silva afirma que no direito moderno “presume-se” que o autor alega falsamente, enquanto no direito germânico medieval imaginava-se que ninguém daria início a um processo sem estar convencido de seu próprio direito. Disto decorria (no direito germânico medieval) que o autor não vinha a juízo pedir a prolação de uma sentença, mas sim para pedir aquilo que efetivamente pretendia do demandado (o bem da vida); cognição, quando havia — relata o mencionado autor —, era após a execução ou durante esta, em incidente.<sup>188</sup>

É fato que temos hoje em nossa sistemática processual a adoção de uma regra de juízo (do ônus da prova) realizada segundo o esquema formal-positivista de um modo de compreender o processo e sua função. Segundo essa perspectiva, se a discussão encetada no processo é infrutífera, então o juiz não deve mudar a situação preexistente.<sup>189</sup>

Em termos bastante diretos: quem quer mudar o mundo através do processo tem o ônus de comprovar os fatos (desde que sejam objeto de prova, é dizer, não sejam notórios nem incontroversos) que a norma abstrata traz como pressupostos fáticos do efeito jurídico por ela previsto; caso esta prova não advenha ao processo, o mundo continua como estava antes, porque a outra parte (que usufrui deste estado de coisas) não poderá ser prejudicada sem a prova daqueles pressupostos fáticos.

Conforme ensina Taruffo,<sup>190</sup> o princípio fundamental seguido em diversos ordenamentos jurídicos, expresso no brocardo *onus probandi incumbit ei qui dicit*, é a versão processual de uma regra de *fairness*, segundo a qual quem afirma algo tem de estar pronto e disposto a demonstrar a verdade do que está afirmando. Afirmar algo sem ser capaz de demonstrar é ainda menos aceitável, observa Taruffo, quando disso decorrem consequências jurídicas negativas para outro sujeito.

---

<sup>188</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição...** *cit.*, p. 151-152.

<sup>189</sup> VERDE, Giovanni. **L'onere...** *cit.*, p. 37.

<sup>190</sup> TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdad**. Madri: Marcial Pons, 2010, p. 255.

Passada essa questão preliminar (para mudar o estado das coisas — especialmente se isso se der em prejuízo de outrem — é preciso um acerto dos fatos que autorize — e determine, de acordo com o ordenamento jurídico — a mudança), a lógica da *distribuição* do ônus da prova entre as partes terá relação com um possível excesso de peso a ser suportado por uma ou por outra parte.

Montero Aroca<sup>191</sup> ensina que uma razão para se distribuir o ônus da prova (especialmente no que diz respeito a fatos impeditivos *versus* constitutivos) entre as partes era que, em muitas ocasiões, exigir do autor tanto a prova das condições gerais quanto das condições específicas da existência de uma relação jurídica levaria a uma verdadeira impossibilidade de prová-las.<sup>192</sup> Fez-se então esta distinção: as condições gerais seriam aqueles requisitos gerais para a validade de qualquer ato jurídico, ao passo que as condições específicas seriam aquelas que teriam de *concorrer* na relação jurídica de que se trata.<sup>193</sup> Ao demandante incumbiria apenas fazer prova das condições específicas de nascimento de seu direito, pois seria absurdo exigir-lhe que provasse que ao longo de toda a vida da relação jurídica não surgiu qualquer fato que a tenha extinguido ou modificado.<sup>194</sup> Afirmou-se também que a distinção entre condições gerais e específicas poderia ser mais bem colocada em termos de normalidade e anormalidade, critério pelo qual o autor estaria dispensado de provar o que é normal, e o demandado, se alegasse um fato anormal, teria o ônus de prová-lo.<sup>195</sup> Opôs-se, no entanto, que a distinção entre o que é normal e o que é anormal, além de ser algo melhor determinável apenas concretamente e não *a priori*, é mais vaga que as distinções anteriores.<sup>196</sup>

Tem-se, portanto, que a lógica por trás da *distribuição* do ônus da prova entre as partes é: *não inviabilizar o exercício de direitos pelo excesso de ônus*.

---

<sup>191</sup> MONTERO AROCA, Juan. **La prueba en el Proceso Civil**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1998, p. 130-131.

<sup>192</sup> No mesmo sentido: GENTILE, Francesco Silvio. **La prova civile**. Roma: Jandi Sapi, 1960, p. 14-15. Segundo o autor, se toda a série de fatos explícita e implicitamente afirmados tivesse de ser demonstrada por aquele que quer fazer valer o direito, a prova seria mais que gravosa, seria impossível, verdadeira *probatio diabolica*.

<sup>193</sup> FERNÁNDEZ LOPES, Mercedes. *Op. cit.*, p. 96-97.

<sup>194</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Op. cit.*, p. 131.

<sup>195</sup> *Ibidem*.

<sup>196</sup> FERNÁNDEZ LOPES, Mercedes. *Op. cit.*, p. 98.

Destarte, quem vem a juízo formulando pretensão, pela qual algo no mundo (físico ou jurídico) mudará, tem o ônus de provar os pressupostos fáticos que autorizam (e determinam) esta mudança; mas não será necessário provar tudo tão nos mínimos detalhes que a missão se torne um fardo tão difícil de levantar.

Para a melhor elaboração das ideias a respeito da definição de o que deva ser qualificado como fato constitutivo e o que deva ser qualificado como impeditivo, extintivo ou modificativo de direito para fim de distribuição do ônus da prova, passarei ao exame de casos problemáticos.

Veja-se, porém, que, ainda que as regras gerais acerca da distribuição do ônus da prova respondam ao princípio da facilidade em produzir a prova (pois normalmente é mais fácil a cada qual das partes provar os fatos em que apoiam suas respectivas pretensões em juízo), a aplicação indiscriminada desta regra, sem atender às circunstâncias do caso concreto, pode conduzir a um desvirtuamento dessa finalidade.<sup>197</sup>

### 3.5 EXEMPLOS INCÔMODOS. O QUE DELES SE PODE RETIRAR

#### 3.5.1 A *exceptio non adimpleti contractus*. A irrelevância do polo processual e a importância da pretensão de direito material

Seguindo critério de que a definição de o que seja fato constitutivo, extintivo, modificativo ou impeditivo tem de atender à *pretensão* formulada em juízo, diz-se que um fato é *constitutivo* de uma pretensão quando corresponde ao suporte fático (normativamente previsto) suficiente para a produção do efeito jurídico pretendido pelo autor;<sup>198</sup> é *modificativo* aquele fato que conduz à incidência de norma ou cláusula que determina a modificação objetiva ou subjetiva da situação jurídica

---

<sup>197</sup> FERNÁNDEZ LOPES, Mercedes. *Op. cit.*, p. 142.

<sup>198</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 134.

postulada pelo autor;<sup>199</sup> é *extintivo* o fato que faz incidir norma ou cláusula que determina a extinção objetiva ou subjetiva da situação jurídica postulada pelo autor;<sup>200</sup> e é *impeditivo* o conjunto de fatos que obstam os efeitos correspondentes à situação jurídica postulada pelo autor.<sup>201</sup>

Leonardo<sup>202</sup> dá como exemplo demanda em que o autor pede a resolução de contrato celebrado com o réu por inadimplemento deste (art. 1.092 do Código Civil de 1916,<sup>203</sup> correspondente ao art. 476 do Código atual<sup>204</sup>): o *inadimplemento* (em tal hipótese) seria, para o mencionado jurista, *constitutivo* da pretensão resolutória, de modo que, conclui, incumbe ao autor a prova do inadimplemento do réu.

Verde tem a mesma conclusão, sustentando que os fatos têm de ser analisados segundo o efeito jurídico pretendido. Por isso, a doutrina dominante concluiu que, quando se pede o adimplemento, o fato constitutivo é o contrato, e, quando se pede a resolução, além do contrato, também o inadimplemento é fato constitutivo.<sup>205</sup> Para Verde, esta conclusão da doutrina e jurisprudência predominantes é acertada, porque decorre da análise da *fattispecie* substancial deduzida no processo, em função do efeito jurídico tomado em consideração. A posição processual da parte não desempenha qualquer papel nesta conclusão, apenas o de individualizar tal efeito jurídico.<sup>206</sup> Assim, no entender do mencionado jurista, em demanda em que se alega que o adimplemento não foi total, quando o pedido for de adimplemento total caberá ao réu provar o exato adimplemento; já quando a demanda for para a resolução do contrato ou ressarcimento de dano, o autor é que terá de provar que o inadimplemento foi inexato.<sup>207</sup>

---

<sup>199</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 159.

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 163.

<sup>201</sup> *Ibidem*, p. 154-155.

<sup>202</sup> *Ibidem*, p. 134-135.

<sup>203</sup> Art. 1.092. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

<sup>204</sup> Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

<sup>205</sup> VERDE, Giovanni. *L'onere...* *cit.*, p. 424-427.

<sup>206</sup> *Ibidem*, p. 428-429.

<sup>207</sup> *Ibidem*, p. 429.

Tal enquadramento do fato “inadimplemento” (diverso conforme o pedido seja de pagamento ou de resolução do contrato), porém, gera alguns questionamentos.

Inicialmente, observe-se que a jurisprudência faz uma distinção entre o inadimplemento parcial e o total. Nos casos de inadimplemento parcial há julgados<sup>208</sup> no sentido de que quem tem o ônus de provar o inadimplemento da outra parte é aquele que o alega através da *exceptio*, seja porque (quando o autor alega

<sup>208</sup> “80087324 - APELAÇÃO CÍVEL – [...] - CONTRATO DE PARCERIA AGRÍCOLA RESCISÃO - INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E DANOS MORAIS - EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS - INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO - ART. 333, I, DO CPC - INDENIZAÇÃO INDEVIDA - RECURSO IMPROVIDO - 1. [...]. 4. Não restou configurado qualquer conduta ou omissão do apelado que justifique o pleito indenizatório, aliás, sequer houve a demonstração de benfeitorias necessárias que teriam sido realizadas pelos apelantes. 5. A indicação genérica de que teriam sido feitas benfeitorias necessárias, não é suficiente para gerar direito de indenização. 6. *Deve ser afastada a tese recursal de ocorrência da exceptio non adimpleti contractus, uma vez que não se encontra nos autos provas que demonstrem o inadimplemento do contrato por parte do apelado.* 7. *A mera alegação feita pelos apelantes de que o apelado não forneceu adubo para a lavoura de café não tem o condão de justificar o desleixo por parte dos apelados em que se encontram a referida lavoura e as terras, objeto do contrato de parceria agrícola, não incidindo quaisquer indenizações a serem pagas aos recorrentes.* 8. Os requerentes, ora apelantes, não se desincumbiram do ônus probatório de seu direito, exigência contida no inciso I, do artigo 333, do Código de Processo Civil. 7. Recurso improvido”. (ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 027030004256**. 3. Câmara Cível. Relator: desembargador José Luiz Barreto Vivas. Julgado: 06 fev. 2007).

“999955016 - EMBARGOS À EXECUÇÃO - COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - INADIMPLEMENTO DO COMPRADOR - "EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS" - ÔNUS DA PROVA DO EMBARGANTE - Em se tratando de contrato bilateral, que se caracteriza pela reciprocidade das prestações, não pode uma das partes, sem ter cumprido o que lhe cabe, exigir da outra o adimplemento de suas obrigações. *Face à indiscutível inadimplência do embargante em relação à sua obrigação de pagamento do preço do imóvel, era ônus do mesmo comprovar, de forma clara e inequívoca, que, expirado o prazo convencionado para a entrega do imóvel, com elevador social, baixa e habite-se, o exequente-embargado não cumpriu tal prestação*, enquanto ele, embargante, encontrava-se em dia com o pagamento das parcelas do preço, somente interrompendo os pagamentos a partir de então.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1.0024.06.307992-5/001**. 17. Câmara Cível. Relator: Lucas Pereira. Julgado: 17 dez. 2008).

“186064731 - AÇÃO MONITÓRIA - COBRANÇA DE PRESTAÇÃO RELATIVA A CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE ESTOQUE - ARGÜIÇÃO DA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS EM EMBARGOS [no relatório lê-se que “a ré alegou que recebeu somente parte dos bens, dentre os quais muitos se encontravam deteriorados ou com o prazo de validade vencido”] - DEFESA DE MÉRITO INDIRETA - AUSÊNCIA DE PROVAS - ÔNUS PROBANDI QUE INCUMBE À RÉ/EMBARGANTE - COMPROVAÇÃO, ADEMAIS, DO CUMPRIMENTO DA AVENÇA PELA AUTORA/EMBARGADA - EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA RESOLUTÓRIA EXPRESSA - OPÇÃO DA CREDORA PELO CUMPRIMENTO FORÇADO DA OBRIGAÇÃO DEVIDA PELA DEVEDORA - POSSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO - Argüida, nos embargos à monitoria, defesa de mérito indireta, *o ônus da prova incumbe ao embargante*. a cláusula resolutória expressa não obriga à Resolução da avença; apenas faculta ao credor reclamá-la independentemente de interpelação ( art. 119, parágrafo único do CC/16 ). Ao contratante lesado pelo inadimplemento, abrem-se outras opções que não o desfazimento do pacto, dentre as quais sobreleva a cobrança das prestações devidas.” (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2003.012135-8**. Tijucas. 1. Câmara de Direito Civil. Relatora: desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Julgado: 25 jul. 2006).

inadimplemento do réu) é fato constitutivo da pretensão daquele que alega a *exceptio*, seja porque, alegada como defesa (o réu alega que, no contrato bilateral, o autor está inadimplente), é fato impeditivo do direito alegado pelo demandante.

Aparentemente diverso é o tratamento dado pela jurisprudência quando a alegação é de inadimplemento total. Neste caso há julgados<sup>209</sup> no sentido de que quem tem de provar seu próprio adimplemento é a parte adversa daquela que alegou a *exceptio*. A explicação para isto, se se quer uma lastreada na regra do art. 333 do Código de Processo Civil, poderá ser a de que o adimplemento da obrigação de uma parte é requisito para que se possa exigir que a outra parte cumpra sua obrigação, de modo que, portanto, o próprio adimplemento é fato constitutivo do direito do demandante e, quanto ao demandado, seu adimplemento é requisito para poder ver acolhida a *exceptio* apresentada (portanto, alegado em defesa, é fato impeditivo do direito do autor). Observe-se que o raciocínio aqui tem sinal trocado: no parágrafo anterior falava-se em prova do inadimplemento da parte contrária; aqui se trata de provar o próprio cumprimento da obrigação.

---

<sup>209</sup> “128008073 - DIREITO CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - CONTRATO BILATERAL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - Resolução por causa superveniente - Exceptio non adimpleti contractus. Exceptio non adimpleti contractus é a cláusula resolutiva tácita que se prende ao contrato bilateral. Isto é assim porque o contrato bilateral requer que as duas prestações sejam cumpridas simultaneamente, de forma que nenhum dos contratantes poderá, antes de cumprir sua obrigação, exigir o implemento da do outro. O contratante pontual poderá: a) permanecer inativo, alegando a *exceptio non adimpleti contractus*; b) pedir a rescisão contratual com perdas e danos, se lesado pelo inadimplemento culposo do contrato; ou c) exigir o cumprimento contratual. A *exceptio non adimpleti contractus* aplica-se no caso de inadimplemento total da obrigação, incumbindo a prova ao contratante que não a cumpriu; e a *exceptionon rite adimpleti contractus*, por sua vez, é relativa à hipótese de descumprimento parcial da prestação. Agravo Regimental provido por maioria de votos.” (PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental n. 66223-5/01**. Relator: desembargador José Fernandes. DJPE 07 jun. 2003).

“17018420 - INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA - PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - FALÊNCIA DA CONSTRUTORA - INADIMPLENTO DO CONSTRUTOR - ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA - RESTITUIÇÃO DAS IMPORTÂNCIAS PAGAS - EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS - ART. 1092 - C.C. - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - CONSTRUÇÃO NÃO INICIADA ATÉ O MOMENTO DA PROPOSITURA DA AÇÃO - FALÊNCIA DA CONSTRUTORA ENCOL É DE CONHECIMENTO NOTÓRIO - FUNDADO RECEIO - INADIMPLENTO - Não há provas de início das obras. Pode o comprador desistir do pacto ou requerer a sua rescisão. Inteligência do art. 1092 do Código Civil. Descumprimento. Ônus probatório do vendedor. [...]. Desprovemento do recurso.” (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2552/2000 (28082000)**. 8. Câmara Cível. Relator: desembargador Carpena Amorim. Julgado: 23 maio 2000).

Há também julgados<sup>210</sup> que, mesmo em casos de inadimplemento parcial, exigem que aquele que afirma haver cumprido (integralmente) sua obrigação faça prova disso.

O que salta aos olhos neste exemplo da *exceptio non adimpleti contractus* é que o fato de o inadimplemento da parte adversa ser total ou parcial não tem qualquer relevância para a finalidade da regra estampada no art. 333 do Código de Processo Civil: a parcialidade ou integralidade do inadimplemento alegado não poderia autorizar a mudança da qualificação do fato de “constitutivo” para “impeditivo”/“extintivo” ou vice-versa.

Há em doutrina tese no sentido de que fique com o ônus de provar o inadimplemento quem o alega (o inadimplemento da outra parte é constitutivo da minha pretensão),<sup>211</sup> e há quem defenda o próprio adimplemento como fato necessário para o exercício da própria pretensão (meu adimplemento é constitutivo de minha pretensão — logo, eu tenho de prová-lo — e o adimplemento da obrigação de meu adversário é constitutivo da pretensão dele ou impeditivo de minha pretensão — logo, é meu adversário quem tem de prová-lo).

Esta última é a posição de Gentile.<sup>212</sup> Gentile relata que Micheli (como Leonardo e Verde) argumenta que o inadimplemento do réu representa um fato constitutivo do efeito jurídico pretendido pelo autor (que alega a *exceptio non adimpleti contractus* como causa de pedir para a resolução do negócio).

Para Gentile, a tese (de Micheli) não é sustentável, inicialmente, à luz do direito positivo: segundo o art. 1.453 do Código Civil italiano, nos contratos bilaterais,

---

<sup>210</sup> 153150538 - DIREITO CIVIL - OBRIGAÇÕES - CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - ENTREGA DE OBRA - PRAZO DESRESPEITADO - QUEBRA CONTRATUAL ACOLHIDA - PROCEDÊNCIA - INCONFORMISMO DOS RÉUS - INCUMPRIMENTO DO CONTRATO PELO AUTOR - PROVA DE PAGAMENTO DO PREÇO - AUSÊNCIA - INADIMPLEMENTO RECÍPROCO - EXCEPTIO NON ADIMPLENTI CONTRACTUS ACOLHIDA - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO - Nos contratos bilaterais *aquele que não prova o cumprimento de sua obrigação não pode exigir o implemento da prestação do outro contratante*. (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2003.017510-5**. Relator: desembargador Monteiro Rocha. Julgado: 27 set. 2007).

<sup>211</sup> É a posição de LEONARDO, Rodrigo Xavier (*Op. cit.*, p. 134-135) e de VERDE, Giovanni (*L'onere... cit.*, p. 424-429).

<sup>212</sup> GENTILE, Francesco Silvio. **La prova...** *cit.*, p. 28-29.

não cumprida a obrigação por uma das partes, a outra pode pedir ou o adimplemento ou a extinção do contrato.<sup>213</sup> Prossegue, então, seu raciocínio, argumentando que o fato “inadimplemento” é comum tanto à demanda em que se pede o adimplemento quanto àquela em que se pede a resolução do contrato (ambas têm como causa de pedir o inadimplemento contratual da parte adversa).

Nos casos em que se pede o adimplemento, não há quem sustente que o credor deva provar o inadimplemento do devedor; então por que razão teria de prová-lo quando, em lugar do adimplemento, o credor quer a resolução do contrato? Não há razão alguma: o inadimplemento da parte adversa é o fundamento fático pressuposto pelo texto normativo do art. 1.453 do Código Civil italiano e do art. 475 do Código Civil brasileiro, de modo que a aplicação do efeito previsto pela norma jurídica substancial, em qualquer caso (pedindo o autor a condenação do réu ao pagamento ou a resolução do contrato), sempre pressuporá, igualmente, o acerto acerca do inadimplemento. Como sustentar que, não provado o inadimplemento (e sendo, portanto, o caso de aplicação da regra de julgamento do ônus da prova), deva sucumbir uma ou outra parte, conforme o pedido formulado seja de pagamento ou de resolução, se o fato não provado em ambos os casos ocupa a mesma alocação normativa? Portanto, do ponto de vista da posição ocupada pelo fato “inadimplemento” na estrutura da norma, a tese de Micheli (e de Leonardo e de Verde) não convence.

Isso denota que o modo pelo qual temos de alocar os fatos na condição de constitutivo, impeditivos, modificativos ou extintivos (para fins de distribuição do ônus da prova) é mais complexo do que simplesmente alocá-los em termos de *pressupostos fáticos da aplicação da norma aplicável conforme pretensão posta em juízo*, havendo mais fatores a serem considerados. O exemplo em questão faz com que repensemos a qualificação dos fatos objeto da prova para os fins de ônus da prova. Se o fato “inadimplemento” só pode ter de ocupar a mesma posição — seja em demanda em que se pede o pagamento, seja em demanda em que se pede a

---

<sup>213</sup> É o mesmo que dispõe o art. 475 do Código Civil brasileiro de 2002.



resolução —, que espécie de fato é o “inadimplemento” nesta hipótese? E quem haverá de sucumbir caso não se produza prova (suficiente) a seu respeito?

Gentile<sup>214</sup> prossegue sua argumentação apontando que a extinção da obrigação (pelo pagamento ou outra forma) é o fato que libera o devedor (é constitutivo de seu *status* de liberdade contratual); sendo assim, incumbirá ao devedor a prova de seu adimplemento, seja ele autor ou réu. Além do mais, incumbir ao autor a prova do inadimplemento do réu seria um encargo árduo, se não impossível, diante da indefinida série de fatos que poderiam ser alegados pelo réu com eficácia extintiva, modificativa ou impeditiva.<sup>215</sup>

Efetivamente, pensar a qualificação dos fatos (como constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos) apenas em termos de fatos normativamente postos como pressupostos da pretensão formulada em juízo pode resultar em conclusão teratológica, como se viu no caso da *exceptio non adimpleti contractus*. É preciso enquadrar os fatos, para fim de distribuição do ônus da prova, levando-se em conta a relação jurídica de direito material entre as partes.

Micheli, embora defenda uma distinção completa entre ônus e valoração da prova (chegando a advogar, por exemplo, que o fato de o mutuário ter de provar a restituição do valor mutuado é tema atinente à livre valoração da prova pelo juiz, não ao ônus da prova),<sup>216</sup> sustenta que *a repartição da carga da prova é feita antes mesmo da ocupação dos polos processuais*, conforme o efeito jurídico pretendido, e que a relação com os encargos probatórios é determinada pelo direito material.<sup>217</sup>

Também Leonardo sustenta que a qualificação dos fatos como constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos depende de fatores ligados ao direito material e ao processual.<sup>218</sup>

---

<sup>214</sup> GENTILE, Francesco Silvio. *Op. cit.*, p. 29.

<sup>215</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>216</sup> MICHELI, Gian Antonio. *L'onere...* *cit.*, p. 356.

<sup>217</sup> *Ibidem*, p. 437-438.

<sup>218</sup> *Ibidem*, p. 136.

Na mesma linha, Verde<sup>219</sup> defende que o problema do ônus da prova não pode ser resolvido apenas com a aplicação da norma constante do art. 2.697 do Código Civil italiano (equivalente ao art. 333 do Código de Processo Civil brasileiro), mas somente com a análise da *fattispecie* substancial concreta, segundo a disciplina jurídica aplicável.

Ocorre que a ligação da distribuição do ônus da prova com o direito processual se dá apenas na medida em que o processo é o instrumento por meio do qual se postulam os bens da vida; mas este instrumento não poderá ser determinante na resolução do *mérito* da causa: o que determina quem deverá vencer a demanda (e quem deverá sucumbir, portanto, em caso de aplicação da regra do ônus da prova) é o direito material. Sendo assim, *não importa a posição processual da parte* (no caso especificamente da *exceptio non adimpleti contractus*, não importa quem ocorreu primeiramente a juízo e, assim, veio na condição de autor); o que importa é a posição que ela ocupa no direito *material* em relação à parte adversa.

Neste sentido, argumenta Rosenberg que o processo não altera a distribuição do ônus da prova: o papel (autor ou réu) que a parte tem (o polo processual que ocupa) não tem importância para a definição do ônus da prova. É que se cada parte tem o ônus de demonstrar os pressupostos da norma cujo efeito reclama (*Normentheorie*), não importa que a parte queira a produção deste efeito na qualidade de autor ou de réu. Não fosse assim, observa Rosenberg, a casualidade de a parte figurar no feito como demandante ou como demandado decidiria a distribuição do ônus da prova e, em consequência, o êxito do feito. Assim, quem quer fazer valer um crédito deve provar os fatos que lhe deram origem, seja como autor, para cobrá-lo, seja como réu, para reclamar compensação.<sup>220</sup>

O outro problema que se coloca no caso da *exceptio non adimpleti contractus* é que um contratante dificilmente (se é que isto não lhe seria impossível) conseguiria provar que o outro não cumpriu sua obrigação. E se a lógica da

---

<sup>219</sup> VERDE, Giovanni. *L'onere...* cit., p. 499.

<sup>220</sup> ROSENBERG, Leo. *Op. cit.*, p. 205-206.

distribuição do ônus da prova entre as partes é fazer com que o encargo não seja demasiadamente oneroso para aquele que poderá ser o titular do direito, não há sentido em exigir de um a prova do inadimplemento do outro, quando a prova do próprio pagamento é muito mais simples àquele que está adimplente e ser-lhe-ia exigível caso viesse a formular pretensão em juízo. Este raciocínio será mais bem desenvolvido no próximo tópico.

### 3.5.2 Fato negativo. Indeterminado. O critério da pretensão conforme o direito material e desprendida das posições processuais

Muito já se escreveu a respeito do equívoco filosófico do princípio segundo o qual *negativa non sunt probanda*. Devis Echandía<sup>221</sup> relata que na Idade Média se generalizaram as ideias de que *affirmanti non neganti incumbit probatio* e *negativa non sunt probanda*, decorrentes de uma conclusão equivocada acerca do adágio romano de que *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*, o qual se referia ao réu que se limitava a negar os fatos afirmados pelo autor, não ao autor que sustentava fato negativo.

É que um mesmo fato pode vir narrado de forma positiva ou negativa. Assim, por exemplo, quando se nega que alguém esteja na cidade, afirma-se que está alhures; quando se diz que o réu não agiu com culpa, afirma-se que agiu com prudência.<sup>222</sup> Daí se vê que um fato negativo pode ter como correlato um positivo, sendo a negativa uma forma de expressão possível de seu correlato narrado positivamente. Nestes casos, dizer que seria impossível provar fatos negativos é o mesmo que dizer ser impossível provar fatos afirmativos,<sup>223</sup> o que demonstra o equívoco da tese.

---

<sup>221</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial**. 5. ed. Buenos Aires: Zavalia, 1981, p. 207.

<sup>222</sup> Os exemplos são de SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 1, p. 166.

<sup>223</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova...** *cit.*, p. 166.

Por essa razão se acrescentou a ideia de que as negativas só são indemonstráveis quando indefinidas. Ocorre que há também afirmações indefinidas cuja prova é igualmente difícil ou impossível. Por isso concluiu-se que a impossibilidade de prova decorre da indefinição do fato (seja a alegação formulada positiva ou negativamente).<sup>224</sup>

Para Devis Echandía,<sup>225</sup> podem-se classificar as negações em dois grandes grupos: (1) Negações substanciais ou absolutas: não implicam afirmação oposta. Exemplos: “Fulano não usou a servidão nos últimos 10 anos”; “Fulano não tem propriedade alguma”. (2) Negações formais ou aparentes: contêm uma afirmação contrária, que pode ser definida [exemplos: “esta pedra não é um diamante” (cuja afirmação contrária correspondente é: “esta pedra é de outra espécie”); “Pedro não é menor de idade” (cuja correspondente é: “Pedro é maior de idade”)] ou indefinida [exemplos: “este terreno nunca foi cultivado ou edificado” (ou: “sempre estive livre de cultivo ou edificação”)]. O mencionado autor acrescenta que as negações formais (2) podem ser de fato (exemplos: “o metal não é ouro”; “Pedro não está morto”), de direito (exemplos: “o contrato não é de mútuo”; “não houve consentimento válido”) ou de qualidade (exemplos: “a mercadoria não é de boa qualidade”; “o autor não é branco”; “o réu não é capaz”). E sustenta que as negações de direito e de qualidade são sempre formais, ao passo que as negações de fato podem ser substanciais ou formais e podem ser definidas (delimitadas no tempo e espaço; exemplos: “este metal não é prata”; “não tenho domicílio em Bogotá”; “não estive em Bogotá em certo dia”) ou indefinidas (contêm ao menos alguma informação indefinida insuscetível de prova; exemplos: “não estive em Bogotá nos últimos 10 anos”; “nunca pratiquei crime”).

Para Devis Echandía,<sup>226</sup> as únicas negativas que dispensam prova são as substanciais e as formais indefinidas (sempre de fato), em razão da impossibilidade da prova, em virtude do caráter indefinido da asserção (não da negação em si). As

---

<sup>224</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova...** *cit.*, p. 167.

<sup>225</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Op. cit.*, p. 210-212.

<sup>226</sup> *Ibidem*, p. 213.

outras negações podem ser demonstradas através da demonstração do fato positivo contrário.

Por outro lado, sustenta-se que se o autor fosse dispensado do ônus da prova simplesmente por apresentar uma narrativa de um fato negativo, ficariam abertos à procedência fatos absurdos, independentemente de qualquer prova.<sup>227</sup> Nessa linha, Moacyr Amaral Santos sustenta que na ação de repetição de indébito o autor tem de provar que não devia o que pagou; na ação em que se pede indenização por omissão culposa do réu, o autor teria de provar que o réu não fez o que era devido; na ação negatória de servidão pelo não uso, o autor teria de provar que o réu não usou a servidão por dez anos.<sup>228</sup>

A preocupação em evitar a procedência sem prova de demandas descabidas é pertinente. Mas haverá demandas fundadas em negativas que poderão merecer tutela jurisdicional. Exemplo: se eu não entabulei com o réu o contrato pelo qual ele me protestou, como exigir que eu prove a *não* celebração de negócio com o réu? Absurdo, neste caso, seria permitir ao réu o protesto sem que ele tivesse como provar a celebração do negócio: esta situação agrediria ilegítimamente o patrimônio jurídico do autor.

Lembre-se, com Rosenberg,<sup>229</sup> que na distribuição do ônus da prova não se deve levar em consideração a velocidade com a qual uma ou outra parte vem a juízo, mas a pretensão de direito material que uma ou outra sustenta.

Leonardo<sup>230</sup> observa que na maioria das vezes quem se vale de ação declaratória negativa busca a declaração de inexistência, invalidade ou ineficácia de um fato jurídico, caso em que, defende, a melhor interpretação seria aquela que atribui ao autor a prova do fato extintivo, modificativo ou impeditivo daquele fato que teria dado início à relação jurídica.

---

<sup>227</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária...** *cit.*, p. 168.

<sup>228</sup> *Ibidem*, p. 168-169.

<sup>229</sup> ROSENBERG, Leo. *Op. cit.*, p. 205-206.

<sup>230</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição...** *cit.*, p. 168-169.

Pergunta-se, então, por que (sendo o fato controverso) haveria de se liberar o réu da prova dos fatos constitutivos do direito de que ele alega ser titular? Veja-se que se o autor da ação declaratória afirma que um determinado fato inexistiu (isto é, que nunca se passou), não haverá fato impeditivo algum a ser provado. O que se dá neste caso é que o autor simplesmente *nega a existência* de pressupostos fáticos que seriam constitutivos do direito que o réu afirma ter. Tem-se que, novamente (como na *exceptio non adimpleti contractus*) *é o direito material a determinar a distribuição do ônus da prova*.

Que dizer dos exemplos (tópico 3.3.3) do pagamento e da menoridade como fato constitutivo ou extintivo (pagamento) ou então constitutivo ou impeditivo (menoridade) conforme a pretensão formulada em juízo? Adotando-se como critério a pretensão *conforme o direito material e desprendida das posições processuais*, tem-se que o pagamento, quando há uma obrigação, a extinguirá; quando não existe obrigação alguma, o pagamento não tem causa e, portanto, é fato que cria o direito de repetir.

A menoridade, pelo direito material, será causa que impede o ato jurídico de produzir efeito: se o autor quer que o ato não produza efeito em razão da menoridade, então terá o ônus de prová-la; mas se é o réu que pretende que o ato não produza efeito em razão da menoridade, o ônus será seu.

Aqui fica bastante visível o *modo como o critério da pretensão deve ser compreendido, de forma vinculada ao direito material postulado*: o processo é o veículo por meio do qual a pretensão — que é de direito material e consiste na fase de *exigibilidade* do direito<sup>231</sup> — é apresentada em juízo. Assim, se tenho a pretensão de que um ato jurídico seja reconhecido nulo (seja litigando como autor ou como réu), tenho o ônus de provar os fatos que dão causa à nulidade reclamada.

---

<sup>231</sup> MELLO, Marcos Bernardes de, Da ação como objeto litigioso no processo civil. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coords.). **Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda**. Salvador: Podivum, 2010, p. 378-379.

3.5.3 As ações declaratórias, em especial a negativa. A pré-processualidade do ônus da prova e a nocividade da interpretação estritamente literal do art. 333 do Código de Processo Civil

Verde<sup>232</sup> observa que a ação declaratória, em particular, demonstra como a referência à posição *processual* das partes (quando não seja fácil “ancorá-la” a uma posição de direito material) arrisca ser não só inútil como também desviada, quando se queira mantê-la fixa sem correlacioná-la a normas substanciais. O pressuposto de que não existem em nosso ordenamento temas fixos de prova é, ainda hoje, válido. Mas deu-se muito peso ao momento processual, quando, na realidade, é frente à posição *concretamente* (ou seja, substancialmente, de acordo com o direito material) assumida pelas partes no processo que o juiz deve levar em consideração os efeitos jurídico-materiais pretendidos, e em função deles é que tem de reconstruir a *fattispecie* que está à base da norma jurídica aplicável ao caso. A operação requer capacidade de prognóstico e é conduzida totalmente sob a análise da norma substancial.

Tanto na ação declaratória positiva quanto na negativa objetiva-se obter um bem autônomo, que consiste em encerrar a discussão sobre a existência de uma normativa jurídica a favor do autor.<sup>233</sup> Em geral, pelas ações declaratórias não se declaram simples fatos, mas apenas a existência ou inexistência de relações jurídicas, direitos e obrigações. A única exceção, expressamente prevista no Brasil pelo art. 4º, II, do Código de Processo Civil, é a declaração sobre a falsidade ou autenticidade de documento.<sup>234</sup>

Ao tratar dos fatos impeditivos, Leonardo<sup>235</sup> dá um exemplo no qual não parece ter sido feliz: em demanda em que o autor pede a declaração de **inexistência** de obrigação cambiária, seria ônus do autor provar o **descumprimento** do contrato pelo réu. Tal conclusão, no entanto, chega a resultado inesperado do ponto de vista

---

<sup>232</sup> VERDE, Giovanni. *L'onere...* cit., p. 423-424.

<sup>233</sup> Ibidem, p. 518.

<sup>234</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...* cit., p. 226-227.

<sup>235</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição...* cit., p. 150-151.

pré-processual (de modo que as partes serão pegadas de surpresa no processo com tal atribuição de ônus da prova): como é que aquele que é cobrado por uma duplicata emitida sem causa (alguma) vai provar que a outra parte não cumpriu a parte dela no contrato? Como é que aquele que é cobrado por uma duplicata sem que a outra parte tenha cumprido sua obrigação no contrato (por exemplo, a outra parte deixou de entregar uma carga de mercadorias) irá provar que o cobrador descumpriu sua obrigação (não entregando a mercadoria)? Veja-se que quem fica com o canhoto de entrega de mercadoria é aquele que a entregou, e isto porque sabe que poderá ter de fazer a prova de que cumpriu sua obrigação (ao ser demandado, por exemplo, em ação de cobrança, ou ao exigir do comprador o pagamento do preço). Ao suposto recebedor da mercadoria que não tenha recebido mercadoria alguma é impossível provar o não recebimento (a não ser excepcionalmente, caso, por exemplo, mantenha filmagens durante 24 horas por dia do local onde recebe mercadorias).

Pontes de Miranda<sup>236</sup> é peremptório ao afirmar que “o *ônus de provar é pré-processual*” e acrescenta que a ação declaratória negativa não introduz alteração neste ônus já existente antes do processo. O fato de a ação declaratória ser negativa, arremata, não a torna uma *provocatio ad agendum*.

Consoante aponta Verde,<sup>237</sup> a aparente simplicidade das razões apresentadas pela doutrina dominante a favor da tese de que o autor da ação declaratória tem o ônus da provar os fatos que embasam sua pretensão (e por isso os fatos que justificam sua própria pretensão na ação declaratória positiva e os fatos que conduzem à inexistência do direito do outro na ação declaratória negativa) contém uma série de perplexidades a respeito de questões particulares, que fazem duvidar da exatidão da argumentação.

O primeiro argumento da doutrina dominante é o de que o ônus de o autor provar os fatos em que funda sua pretensão na ação declaratória positiva não foge à

---

<sup>236</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, t. 3, p. 294.

<sup>237</sup> VERDE, Giovanni. **L'ônere...** *cit.*, p. 523.



regra geral (art. 2.697 do Código Civil italiano, correspondente ao art. 333 do Código de Processo Civil brasileiro). Entretanto, pondera Verde, o art. 2.697<sup>238</sup> (do Código Civil italiano) *não pode ser reclamado em seu teor literal*, e sim em sua acepção mais vasta e genérica, segundo a qual o juiz não pode decidir em sentido favorável a quem reclama uma pretensão em juízo se não estiverem comprovados os pressupostos de fatos aos quais a norma jurídica de direito material subordina a tutela que concretamente se questiona deferir.<sup>239</sup>

A respeito da ação declaratória *negativa*, diz-se (1) que não há razão particular para que o princípio segundo o qual a autor deve fazer prova dos fatos pressupostos de sua demanda deva ser derogado. Sobre tal argumento, pode-se dizer que poderá haver, sim, uma razão particular, consistente na observância da disciplina que é dada aos fatos pelo direito material, e não pela ordem em que as partes acorreram a juízo.

Diz-se também (2) que já é suficiente que o ordenamento defira ao autor agir em juízo em via preventiva e (3) que seria injusto onerar o réu em produzir uma prova para a qual poderia não estar preparado. A respeito de tais argumentos, pode-se responder que de nada adiantaria o ordenamento jurídico permitir o exercício de direitos por meio de ação declaratória (com a promessa de resolução da crise de certeza) se não mune o interessado do instrumental bastante para efetivamente fazer valer seu direito em juízo e, principalmente, se o instrumental fornecido inviabiliza o acesso à ordem jurídica justa.

Além disso, afirma-se que (4) em nosso ordenamento, em regra, não se estabelecem temas fixos de prova, mas sim que os temas de prova se fazem em consideração apenas da concreta pretensão formulada em juízo.<sup>240</sup> Para Verde,<sup>241</sup> o princípio da relatividade da *fattispecie* e aquele correlato da inexistência de temas

---

<sup>238</sup> O mencionado art. tem a seguinte redação: “Aquele que quer fazer valer um direito em juízo deve provar os fatos que constituem seu fundamento. Aquele que alega como exceção a ineficácia de tais fatos, ou que o direito se modificou ou extinguiu, deve provar os fatos em que se funda a exceção” (tradução livre).

<sup>239</sup> VERDE, Giovanni. *L'onere...* cit., p. 523-524.

<sup>240</sup> Ibidem, p. 525.

<sup>241</sup> Ibidem, p. 527.

fixos de prova (4) servem a bem pouco. E a resposta deve novamente ser procurada nas razões *substanciais* que levam a configurar *uma certa tutela de uma certa maneira*.

Destarte, para Verde, se a agressão (pelo réu) ao bem jurídico (do autor) é tal que autoriza a tutela declaratória, seria contraditório gravar o autor com a prova não só de que a agressão ocorreu, mas ainda com a de que ela era ilegítima. Em consequência, basta ao autor provar o prejuízo ao bem jurídico que aduz como constitutivo de sua pretensão; não precisa ter de justificar o que autorizaria a agressão advinda de terceiro.<sup>242</sup> Retomando a lição de Rosenberg, tem-se que não importa a posição (o polo processual, se ativo ou passivo) que a parte ocupa no processo em particular, mas sim a situação em que ela se encontra em relação à parte adversa do ponto de vista do direito material.<sup>243</sup>

Enquadrando-se o raciocínio à regra contida no art. 333 do Código de Processo Civil, tem-se que (na ação declaratória negativa) quem do ponto de vista das pretensões de direito material aduz fatos constitutivos de algum direito é o réu, ao passo que os fatos que o autor alega impedem ou extinguem o direito que o réu alega ter (já pré-processualmente). Por isso é que o réu tem de provar fatos constitutivos de seu alegado direito e o autor tem de provar fatos que obstaram ou fulminaram tal direito.

Esta conclusão, para Verde,<sup>244</sup> é acertada não só por considerações de equidade decorrentes de exigências do tratamento jurídico-material da *fattispecie* que conduzem a isolar o fato impeditivo, mas também por mais dois argumentos. (1) Se o autor tivesse de demonstrar a ilegitimidade da pretensão do réu, ficaria onerado com a prova de todos os fatos possíveis que o réu poderia aduzir não tanto para convalidar o próprio direito, mas para excluir que seu comportamento fosse o causador do prejuízo ao bem jurídico do autor (assim, por exemplo, em ação negatória de servidão de passagem bastaria ao réu alegar um pacto que tornasse

---

<sup>242</sup> VERDE, Giovanni. *L'onere...* cit., p. 529-530.

<sup>243</sup> ROSENBERG, Leo. *Op. cit.*, p. 205-206.

<sup>244</sup> VERDE, Giovanni. *L'onere...* cit., p. 530-531.

legítima sua passagem). (2) Se se pensar que o comportamento do réu da ação declaratória negativa (causador do prejuízo ao bem jurídico do autor) poderia desembocar em ação de responsabilidade entre as mesmas partes (prejudicada pela declaratória), concluir-se-ia que o autor teria de provar não só culpa e ilícito, mas até a inexistência de fato extintivo.

O que a doutrina dominante teme é que, admitida em via geral a ação declaratória negativa, pudesse-se admitir *provocationes ad agendum*, sendo o réu sempre onerado com a prova dos fatos justificativos da legitimidade de sua pretensão; o que, além de não ser admitido pela opinião comum, seria iníquo, porque constrangeria o réu a fornecer provas para as quais pode não estar pronto.<sup>245</sup>

Verde conclui<sup>246</sup> que se, de um lado, não se deve introduzir no ordenamento *provocationes ad agendum*, de outro o juízo de equidade que leva à não admissão de *provocationes ad agendum* (evitar pegar desprevenido o réu que ainda não se munuiu de provas) não deve ser levado em consideração se o réu, com seu comportamento pré-processual, se expõe ao risco de ação declaratória negativa, pois tal demanda, sendo admitida, tem de ser decidida conforme o tipo normativo preexistente.

Para Verde,<sup>247</sup> ainda que a *fattispecie* integre uma *provocatio ad agendum*, a legitimidade da agressão do bem jurídico do autor (tese do réu), a respeito da *fattispecie* invocada na ação declaratória negativa, é um fato impeditivo autônomo. Assim sendo, a decisão no sentido de que a ação declaratória é admissível (isto é, há interesse de agir, há necessidade da tutela pleiteada) conduz à consequência de o comportamento do réu ser reputado tal que pode ser o causador do prejuízo ao bem jurídico do autor, de modo que o réu deve provar que seu comportamento é conforme ao direito.<sup>248</sup>

---

<sup>245</sup> VERDE, Giovanni. *L'onere...* cit., p. 530 e 547.

<sup>246</sup> Ibidem, p. 532.

<sup>247</sup> Ibidem, p. 543.

<sup>248</sup> Ibidem, p. 547.

A preocupação doutrinária em evitar *provocationes ad agendum* conduz à seguinte pergunta: por que motivo o réu da ação declaratória negativa ou o autor da ação declaratória positiva (enfim, uma ou outra parte) teria a prerrogativa de escolher (em detrimento da outra parte) a hora de vir a juízo?

Para a doutrina em geral,<sup>249</sup> a ação declaratória negativa, julgada improcedente, faz coisa julgada material no sentido contrário, ou seja, de declaração positiva contrária àquela (negativa) que havia sido pleiteada na inicial. Para Mesquita<sup>250</sup> não: simplesmente o juiz não verifica o pressuposto fático para o reconhecimento da inexistência do direito; mas também não quer isto dizer que estivessem presentes os pressupostos fáticos previstos no ordenamento jurídico para a declaração da existência do direito, obrigação ou relação jurídica. Caso se quisesse uma declaração assim, positiva, em favor do réu da ação declaratória negativa, poder-se-ia pensar ser necessária reconvenção.

O problema deste raciocínio é que demanda idêntica (embora invertida, pleiteando o reconhecimento do direito, obrigação ou relação jurídica) aforada pelo réu implicaria litispendência ou coisa julgada. Imaginar que tal demanda idêntica invertida não implicasse litispendência seria admitir o advento de duas sentenças divergentes. E imaginar que não há coisa julgada seria admitir uma sentença de improcedência (de ação declaratória negativa) sem a verdadeira eficácia da coisa julgada material: só formalmente se decide a lide, pois a relação jurídica material entre as partes continua indecisa e a crise de certeza que a ação declaratória buscava resolver não seria resolvida. Em outros termos: ainda que presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, a sentença de improcedência em ação declaratória negativa não apreciaria o mérito e constituiria verdadeiro *non liquet*.

Sendo assim, diante de todos esses problemas sistemáticos, há de se aderir, a este respeito, à doutrina majoritária e concluir que a ação declaratória,

---

<sup>249</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições...** *cit.*, p. 224.

<sup>250</sup> MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **Teses, estudos e pareceres de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2005, v. 2, p. 158.

quando julgada no mérito, procedente ou improcedente, declara ou a existência ou a inexistência do direito, obrigação ou relação jurídica ou a falsidade ou autenticidade de documento (art. 4º do Código de Processo Civil).

Estabelecido isto, retorna-se ao questionamento anterior: por que (para se evitar a temida *provocatio ad agendum*) uma das partes teria a prerrogativa de vir a juízo e a outra, não tendo dado início à relação jurídica processual, teria de sofrer alguma consequência negativa (relativa ao mérito da causa, por decorrência da distribuição do ônus da prova) com o simples fato de ser réu? Se o provimento declaratório busca solucionar uma crise de certeza e se ambas as partes sofrem com esta mesma crise, não há razão para vedar que o interessado em solver a incerteza venha a juízo. E igualmente não há razão para se alterar a distribuição do ônus da prova porque um veio antes de outro: não há razão para que a distribuição do ônus da prova seja diferente de como as partes já supunham que fosse em razão da relação jurídica de direito material que havia entre elas.

Diante de uma Constituição que nos garante o acesso à justiça (art. 5º, XXXV), se tivermos de escolher entre garantir ao autor o exercício do direito (que poderá ser feito por meio da ação declaratória negativa) e ao réu não ser surpreendido em ser demandado antes de estar preparado para defender (e provar) sua pretensão em juízo, uma vez que o ordenamento jurídico reconhece expressamente (art. 4º do Código de Processo Civil) a resolução de crises de certeza por meio de tutelas declaratórias, a solução constitucionalmente adequada é priorizar a efetividade do exercício dos direitos substanciais, deixando no passado o temor em ferir o planejamento do réu sobre quando agir em juízo, na medida em que sua omissão influi negativamente na esfera jurídica do autor.

Veja-se que em outra demanda qualquer (que busque um provimento jurisdicional que vá além do meramente declaratório) o réu poderá ser onerado em provar — ordinariamente — fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor. E terá de estar pronto para isto. Na medida em que autor e réu relacionam-se juridicamente no plano pré-processual, já poderão antever que é possível o advento de um processo em que terão de provar os fatos que sustentam suas pretensões, seja um ou o outro o primeiro a acorrer a juízo.

## REGRA GERAL DO ÔNUS DA PROVA. CONCLUSÕES PARCIAIS

Até o presente momento, em especial com os exemplos acima examinados, foi possível elaborar algumas ideias sobre como deve ser entendida a regra geral de distribuição do ônus da prova (no Brasil estampada na letra do art. 333 do Código de Processo Civil).

Primeiramente, verificou-se que a interpretação do texto do art. 333 do Código de Processo Civil não deve ser literal, sob pena de induzir resultados contrários à lógica que lhe dá sustentação.

Tal lógica decorre da noção de que aquele que deseja, por meio do processo, fazer valer um direito, com a produção de efeitos jurídicos previstos em uma norma jurídica, tem o ônus de provar os fatos que esta mesma norma prevê como necessários e suficientes para a consequência jurídica normativamente prevista. Não provados tais fatos, o juiz não deve determinar a produção dos efeitos normativamente previstos; deve, pelo contrário, rejeitar a demanda.

Ao lado disto, a distribuição do ônus da prova entre as partes tem como ideia elementar não tornar demasiadamente árdua a tarefa daquele que quer a produção de um efeito jurídico, de modo que não se fará necessária a prova de todos os fatos constitutivos de seu direito tão minuciosamente que tenha de fazer a contraprova de qualquer tese que possa vir a ser alegada pela contraparte. É esta que, alegando fato que impeça, modifique ou extinga a produção do efeito desejado pela outra (exceto a própria negativa dos elementos essenciais da existência da relação jurídica material afirmada), tem o ônus de provar os fatos que a norma jurídica de direito material qualifica como impeditivo, modificativo ou extintivo.

O critério que determina a qualificação dos fatos como constitutivos, de um lado, ou, de outro, como impeditivos, modificativos ou extintivos, para o fim de distribuição do ônus da prova, é o da pretensão, mas sendo entendida esta como a fase de exigibilidade do direito *material* invocado. Embora o processo seja o veículo

para que o direito seja exigido em juízo, é o direito *material* que determina a distribuição do ônus da prova.

Com efeito, o modo pelo qual se tem de alocar os fatos na condição de constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos (para fins de distribuição do ônus da prova) é mais complexo do que simplesmente em termos de pressupostos fáticos da aplicação da norma aplicável conforme pretensão posta em juízo.

É preciso enquadrar os fatos, para fim de distribuição do ônus da prova, levando-se em conta o que o direito material diz a respeito das pretensões das partes, pois a repartição da carga da prova é feita antes mesmo da ocupação dos polos processuais, de modo que não importa a posição processual da parte, o que importa é a posição que a parte ocupa no direito material em relação à parte adversa e em relação às possíveis pretensões que o direito material admitiria (fazendo com que as partes antevíssem as provas com as quais teriam de se resguardar).

#### 4 A INSUFICIÊNCIA DA REGRA GERAL

Estabelecido, assim, o modo como a regra geral de distribuição do ônus da prova funciona, é preciso passar ao problema que se verifica quando *lançar mão da regra geral não atende às garantias constitucionais* do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da igualdade e, em especial, à efetividade do processo enquanto meio para acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, XXXV, da Constituição da República).

É certo que há previsão, no ordenamento jurídico, de regras especiais de distribuição do ônus da prova, as quais, naquelas situações especiais regulamentadas, prevalecerão sobre a regra geral. É o caso, por exemplo, da regra especial que disciplina o ônus da prova no incidente de falsidade documental,<sup>251</sup> da regra especial sobre a prova da veracidade do fato objeto de publicidade<sup>252</sup> etc.

E é certo que há ainda uma previsão legal no ordenamento positivo brasileiro, relativamente genérica, que permite, *nas relações de consumo*, nas hipóteses nele descritas,<sup>253</sup> a inversão da regra geral do ônus da prova.

Mas é preciso admitir que haverá casos que não foram objeto de especial atenção do legislador no estabelecimento de regra especial, nem no estabelecimento de presunção legal,<sup>254</sup> nem poderão ser incluídos dentre as

---

<sup>251</sup> Nos termos do Código de Processo Civil: “Art. 389. Incumbe o ônus da prova quando: I - se tratar de falsidade de documento, à parte que a argüir; II - se tratar de contestação de assinatura, à parte que produziu o documento.”

<sup>252</sup> Conforme disciplina do Código de Defesa do Consumidor: “Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

<sup>253</sup> Segundo o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é direito básico do consumidor: “VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.”

<sup>254</sup> Observe-se que o fato de a presunção legal relativa admitir e a absoluta não admitir prova em contrário é apenas um reflexo daquilo que, para fins de ônus da prova, realmente interessa. A primeira (presunção legal relativa) é aquela pela qual a lei especifica que, presentes determinados indícios, presume-se a ocorrência de um determinado fato (que é tema da prova). Presunções absolutas, diferentemente, não se apoiam em indícios; simplesmente o legislador prescreve que se “presume” algo, querendo com isto dizer que este algo dispensa a produção de prova. A presunção relativa, como se vê, facilita a prova daquele que tem o ônus da produzi-la, bastando-lhe provar os



relações de consumo, mas para os quais a aplicação da regra geral de distribuição do ônus da prova (art. 333 do Código de Processo Civil) funcionaria como um decreto de perda de um direito legítimo.

Pode-se pensar, por exemplo, em hipótese em que, embora a regra geral (estampada no art. 333 do Código de Processo Civil) atribua a uma das partes o ônus da prova de um fato, é só a outra quem dispõe dos elementos de convicção hábeis a comprová-lo.

Veja-se que, se a prova se fizer por meio de documento ou apresentação de coisa, o Código de Processo Civil (arts. 355 e ss.) traz tratamento explícito para a matéria, ao dispor sobre a *exibição* de documento ou coisa, disciplinando que serão havidos por verdadeiros os fatos que por meio do documento ou da coisa a parte (adversa àquela a quem se determinou trazer ao processo o documento ou coisa) pretendia provar, se a parte contrária (aquela a quem se determinou trazer ao processo o documento ou coisa) omitir-se em apresentar justificativa para a não exibição ou se, recusando-se a exibir o documento ou coisa, o juiz considerar a justificativa ilegítima.

Entretanto, pode ocorrer que a prova de um fato de cuja prova uma das partes (de acordo com a regra geral) esteja onerada não se faça com a apresentação de documento ou coisa (art. 355 e ss. do Código de Processo Civil), e sim com *conhecimentos* de que é detentora a outra parte, com testemunhas cuja identidade só a outra parte *conhece* etc. (*facilidade e disponibilidade — material e intelectual*).

---

indícios. Já a presunção absoluta dispensa a prova do fato “presumido”. Enquanto a presunção relativa admite prova e contraprova, a absoluta não admite: a lei dispensa a própria prova de existência do fato presumido em absoluto. Esta dispensa diz com o direito material, não com o processo. Neste sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. *In: Temas de Direito Processual*. 1. série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 60-64. No mesmo sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...* *cit.*, p. 115-119. Mercedes Fernández López (*La carga...* *cit.*, p. 141-142) distingue três espécies de modificação da regra geral do ônus da prova pelo legislador: (1) a inversão direta, por meio de regra especial, que pode ser assim formulada: “A prova do fato X corresponde ao litigante Y”; (2) a inversão por meio de presunções verdadeiras, cuja regra pode ser formulada assim: “Se provado o fato antecedente X, presume-se o fato consequente Y (salvo prova em contrário, no caso das presunções relativas)” e (3) a inversão por meio de presunção aparente, cuja regra pode ser formulada assim: “Presume-se o fato Y (salvo prova em contrário)”.

Pode ocorrer, ainda, que a parte que não é onerada com o ônus da prova (de acordo com a regra geral) *tenha criado* uma situação probatória que impossibilita à outra parte desincumbir-se do ônus da prova (que tenha, por exemplo, destruído documentos ou criado por outra forma uma dificuldade no esclarecimento do fato controvertido) — *não esclarecimento causado culposamente por uma das partes*.

Pode-se pensar também na hipótese em que nenhuma das partes tem facilidade ou disponibilidade em produzir a prova necessária ao julgamento da causa, e que também nenhuma delas tenha dado causa a essa inviabilidade de esclarecimento dos fatos, mas que por *outro motivo* o ônus da prova deva ser distribuído de forma diversa daquela disciplinada pela regra geral estampada no art. 333 do Código de Processo Civil, por uma questão de *interpretação conforme* a Constituição, atendendo-se à inafastabilidade da tutela jurisdicional e à adequada ponderação dos princípios constitucionais — como se dá, eventualmente, em tutelas inibitórias, conforme se verá na sequência.

#### 4.1 FACILIDADE E DISPONIBILIDADE — MATERIAL E INTELECTUAL

##### 4.1.1 O exemplo espanhol

Para os casos de facilidade e disponibilidade de produção da prova, o Código espanhol (art. 217.7 da Ley de Enjuiciamiento Civil – LEC), após tratar da regra geral e ressaltar regras especiais de distribuição do ônus da prova, dispõe que “Para a aplicação do disposto nos apartados anteriores [que tratam da regra geral e das especiais] deste artigo, o Tribunal deverá ter presente a disponibilidade e a facilidade probatória que corresponde a cada uma das partes do litígio” (tradução livre).

Montero Aroca sustenta que não se trata de uma exceção à regra de distribuição do ônus da prova, mas de um complemento delas<sup>255</sup> e afirma que o apartado 7 do art. 217 da LEC (supra transcrito) não acolhe a chamada “doutrina das cargas probatórias dinâmicas” porque os critérios de normalidade e facilidade são anteriores a esta doutrina, que, segundo o autor, liga-se à pós-modernidade processual e a “outras variantes argentinas carentes de verdadeiro conteúdo científico”. Segundo o escritor espanhol, os autores da LEC (de 2000) não precisaram recorrer à Argentina para acolher na lei um conceito e um modo de compreender o ônus da prova que já estava presente havia décadas na doutrina e jurisprudência espanholas.<sup>256</sup>

Com abordagem diversa, Mercedes Fernández López<sup>257</sup> defende que o apartado 7 do art. 217 da LEC (supratranscrito) é um dispositivo limitador, que condiciona a aplicação da regra geral, a qual, por sua vez, fica com aplicação subsidiária. Para a escritora espanhola, com o dispositivo legal em análise sancionou-se legalmente a flexibilidade que deve presidir as regras de ônus da prova. Para a autora, a jurisprudência espanhola fez sua a “*teoría das cargas probatórias dinâmicas*” ao acolher os princípios da facilidade e disponibilidade como corretores da regra geral de ônus da prova.<sup>258</sup>

Anteriormente à alteração da LEC espanhola que acrescentou o que hoje vem disciplinado no apartado 7 do art. 217, a regra geral a respeito da distribuição do ônus da prova na Espanha vinha disciplinada no art. 1214 do Código Civil, nos seguintes termos: “incumbe a prova das obrigações àquele que reclama seu cumprimento, e a de sua extinção a quem a opõe” (tradução livre). O rigor da letra deste artigo já havia feito a jurisprudência espanhola formular critérios para interpretar o dispositivo com maior flexibilidade; tais critérios eram, particularmente, os da facilidade e da disponibilidade.<sup>259</sup>

---

<sup>255</sup> MONTERO AROCA, Juan. **La prueba...** *cit.*, p. 137.

<sup>256</sup> *Ibidem*, p. 135, nt. 51.

<sup>257</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. **La carga...** *cit.*, p. 105-106.

<sup>258</sup> *Ibidem*, p. 109.

<sup>259</sup> *Ibidem*, p. 119.

Para Bonet Navarro,<sup>260</sup> o que a jurisprudência e doutrina espanholas já antes da LEC de 2000 chamavam de “*principio de facilidad e normalidade probatória*”, para evitar injustiças na aplicação automática da regra geral do ônus da prova, integrava-se na doutrina e jurisprudência argentina em uma teoria mais ampla que se vem chamando como “*cargas probatorias dinâmicas*”.

Observa Bonet Navarro<sup>261</sup> que o dispositivo trazido pelo art. 217.7 da LEC espanhola é resultado de critérios lógicos decorrentes de uma máxima da experiência segundo a qual quem afirma tem em princípio mais facilidade em produzir a prova, que inspirava já normas como a do Digesto 22,3,2 (*ei incumbit probatio qui dicit*) e que determinava que se evitasse a *probatio diabolica*. Ainda, a ideia da facilidade em produzir a prova conecta-se na atualidade com os direitos à tutela efetiva, à igualdade e à defesa, bem como ao dever de colaboração das partes.<sup>262</sup> Além disto, a jurisprudência (não só a espanhola) havia constatado que a aplicação estrita da regra geral do ônus da prova poderia trazer situações de injustiça quando aquela parte que não tem o ônus da prova (de acordo com a regra geral) é, ao mesmo tempo, a parte que tem a disponibilidade e facilidade de acesso à prova. É o que se dá, por exemplo, na ação de alimentos de filho em face do pai, ocasião em que o requerido é aquele que tem não só o conhecimento de sua condição financeira, mas também acesso aos documentos e demais meios de prova capazes de comprová-la, já que é ele quem desenvolve sua própria carreira profissional.<sup>263</sup>

Há na literatura jurídica espanhola quem assimile a facilidade e a disponibilidade probatória, de que trata o art. 217.7 da LEC. Aqueles que distinguem tais pressupostos para uma possível alteração da regra geral de distribuição do ônus da prova, como é o caso de Mercedes Fernández López, assumem que a disponibilidade é uma espécie incluída no gênero facilidade.<sup>264</sup>

---

<sup>260</sup> BONET NAVARRO, José. **La prueba en el Proceso Civil**: Cuestiones fundamentales. Madrid: Difusión Jurídica, 2009, p. 287-288.

<sup>261</sup> Ibidem, p. 286.

<sup>262</sup> Ibidem, p. 286-287.

<sup>263</sup> O exemplo é de BONET NAVARRO, José. *Op. cit.*, p. 287.

<sup>264</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Op. cit.*, p. 146.

Segundo a posição adotada pela autora mencionada,<sup>265</sup> o princípio da *facilidade* na produção da prova trabalha com a ideia de que a uma parte é *mais* fácil provar um fato que à outra (à qual corresponderia o ônus segundo a regra geral de ônus da prova), ao passo que o princípio da *disponibilidade* implica não a maior facilidade, mas a possibilidade, *com exclusividade*, de produzir eficazmente prova a respeito de determinado fato (mais especificamente, a prova do fato contrário àquele que teria de provar a parte que seria onerada de acordo com a regra geral do ônus da prova), seja por uma disponibilidade material (acesso exclusivo à fonte ou ao meio de prova), seja por uma disponibilidade intelectual (a parte é a única que conhece uma informação que há de ser incorporada ao processo). Assim, é exemplo de aplicação do princípio da disponibilidade probatória a disponibilidade do material genético em ação de investigação de paternidade.

Para Montero Aroca, a facilidade na produção da prova diz respeito à relação da parte com o próprio fato que é tema de prova (e não à disponibilidade da fonte de prova). Assim, por exemplo, em feito em que se buscava a liquidação de sociedade empresarial, julgado em 1992 (portanto antes da LEC de 2000), desconhecendo-se o valor de uma operação realizada pelo marido, decidiu-se que era o marido quem devia provar o importe da operação, porque lhe era mais fácil, já que era ele quem havia realizado a operação.<sup>266</sup>

Como se verifica, portanto, para Montero Aroca, a “facilidade” liga-se ao conhecimento de informação que deve ser incorporada ao processo (acessibilidade intelectual da prova) e a “disponibilidade” trata do acesso material à fonte da prova que há de ser levada ao processo; enquanto para Mercedes Fernández López, tanto “facilidade” quanto “disponibilidade” podem dizer respeito à acessibilidade intelectual ou material, mas a facilidade é relativa (maior a uma parte que à outra), enquanto a disponibilidade é exclusiva (só uma parte dispõe da prova ou conhecimento que se fazem necessários à instrução). Tanto a disponibilidade quanto a facilidade devem ser levadas em consideração, segundo o art. 217.7 da LEC espanhola, na atribuição do ônus da prova.

---

<sup>265</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Op. cit.*, p. 159.

<sup>266</sup> O exemplo é de MONTERO AROCA, Juan. *Op. cit.*, p. 135-136.

#### 4.1.2 A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e a excepcionalidade da inversão do ônus

Para Jorge W. Peyrano<sup>267</sup> (apontado como um dos fundadores de tal doutrina na Argentina, ao lado de Morello<sup>268</sup>), a doutrina da distribuição dinâmica do ônus da prova só tem aplicação residual, à qual se haverá de recorrer caso o emprego dos parâmetros correntes pudesse levar, no caso concreto, a solução manifestamente iníqua.

A doutrina da distribuição dinâmica do ônus da prova é também chamada de “doutrina das cargas probatórias compartilhadas”,<sup>269</sup> porque um de seus fundamentos<sup>270</sup> (ao lado do objetivo central de evitar decisões manifestamente injustas) é a colaboração ou solidariedade probatória, segundo a qual cada qual das partes tem de se esforçar para trazer à instrução as provas que puder.<sup>271</sup>

---

<sup>267</sup> PEYRANO, Jorge Walter. La Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas y la Máquina de Impedir em Matéria Jurídica. In: PEYRANO, Jorge Walter (Dir.). **Cargas probatórias dinâmicas**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 87.

<sup>268</sup> MORELLO, Augusto M. **La prueba**: tendencias modernas. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

<sup>269</sup> Neste sentido: LEGUISAMÓN, Héctor E., La Necesaria Madurez de las Cargas Probatorias Dinámicas. In: PEYRANO, Jorge Walter (Dir.). **Cargas...**, *cit.*, p. 115.

<sup>270</sup> Para Inés Lépori White, os fundamentos da doutrina da distribuição dinâmica do ônus da prova advêm da conjugação harmônica das regras tradicionais da distribuição do ônus da prova com (1) a justiça no caso concreto, (2) os deveres do juiz e (3) os deveres de conduta processual das partes. (WHITE, Inés Lépori. Cargas Probatorias Dinámicas In: PEYRANO, Jorge Walter (Dir.). **Cargas...** *cit.*, p. 68).

<sup>271</sup> É claro que a produção de provas pelas partes inclui custos financeiros, sociais, temporais e pessoais, de modo que não se espera que as partes tragam ao processo elementos de juízo tendentes ao infinito, sob o temor de o órgão julgador imaginar que deixaram de contribuir para a instrução e que por isso aquele que pouco contribuiu deve ser incumbido *a posteriori* com o ônus da prova. Flávio Luiz Yarsheff defende que a inversão do ônus da prova deve ser comunicada às partes antes do julgamento, a tempo de que produzam prova, quer por aplicação do princípio da confiança legítima, quer pelos encargos financeiros, sociais e pessoais que a produção de qualquer prova que a parte possa imaginar podem acarretar. (YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova...** *cit.*, p. 92). A colaboração que o princípio da boa-fé exige das partes, porém, não vai além da exigência de que participem do processo à medida daquilo que racionalmente lhes é exigido. Sendo assim, não se pode concluir que uma das partes deva ser penalizada por deixar de colaborar com a instrução se não se tem elementos no processo para se concluir que ela *tinha como* colaborar eficazmente e que a prova não era possível de outra forma que não com sua colaboração.

Por isso, Barberio<sup>272</sup> observa que a distribuição dinâmica do ônus da prova não se equipara a uma categórica inversão do ônus da prova. O autor relata que, no florescimento da doutrina da carga dinâmica, houve quem a invocasse (ou a mal entendesse) como uma simples inversão do ônus da prova, mas hoje já se tem a compreensão de que o peso da prova é excepcionalmente aumentado para uma das partes e aliviado para a outra (quando necessária a aplicação da doutrina da distribuição dinâmica do ônus da prova) por causa da melhor condição da primeira em provar. Como observa o mencionado autor, a posição dominante de uma das partes em produzir a prova muitas vezes é evidenciada por documentos que estão no processo, pela índole da controvérsia ou pelas afirmações da parte mais bem posicionada para produzir a prova; em outros casos, porém, a melhor posição probatória da parte adversa haverá de ser *provada* pela parte que, por uma inferioridade que a impede de produzir a prova do fato principal controvertido, pretende a redução do peso de sua prova.<sup>273</sup>

Como se verifica, a *melhor posição probatória* de que trata a doutrina da distribuição dinâmica do ônus da prova decorre da análise dos mesmos elementos de que trata a doutrina espanhola: a maior facilidade e disponibilidade de produzir a prova de uma parte em relação à parte adversa, sendo certo que a própria facilidade/disponibilidade poderá ser tema de prova, para fim de eventual distribuição do ônus da prova de forma diversa daquela estabelecida pela regra geral.

Sendo assim, tem-se na doutrina da distribuição dinâmica do ônus da prova mais um grupo de defensores de argumentos que já eram conhecidos dos processualistas que se dedicavam ao estudo da prova, bem como da jurisprudência. Veja-se que a jurisprudência espanhola, mesmo antes da alteração da LEC — que em 2000 acrescentou o apartado 7 ao art. 217 —, já falava nos requisitos da disponibilidade e facilidade da prova para a alteração do ônus da prova.

---

<sup>272</sup> BARBERIO, Sérgio José. Cargas probatorias dinámicas: que debe probar el que no puede probar? In: PEYRANO, Jorge Walter (Dir.). **Cargas...** *cit.*, p. 102-103.

<sup>273</sup> *Ibidem*, p. 102-105.

#### 4.1.3 A questão da dificuldade/facilidade na produção da prova do ponto de vista da teoria do direito

Como no ordenamento jurídico brasileiro não temos dispositivo geral semelhante ao do art. 217.7 da LEC<sup>274</sup> espanhola, poderíamos pensar que, como se fazia na jurisprudência espanhola anterior à introdução deste artigo de lei, a facilidade e a disponibilidade na produção da prova possam ter influência na distribuição do ônus da prova de forma diversa da regra geral, independentemente de lei formal explícita a respeito.

Como já se observou, ainda que as regras gerais acerca da distribuição do ônus da prova respondam ao princípio da facilidade em produzir a prova (pois normalmente é mais fácil a cada qual das partes provar os fatos em que apoiam suas respectivas pretensões formuladas em juízo), a aplicação indiscriminada desta regra, sem atender às circunstâncias do caso concreto, pode conduzir a um desvirtuamento dessa finalidade.<sup>275</sup>

É o que claramente pode-se ver nos casos em que o réu na ação de alimentos dispõe dos conhecimentos e dos elementos de juízo para a prova de sua capacidade de prestar alimentos; em que o réu na ação de investigação de paternidade dispõe do material genético necessário à realização da prova pericial; em que o médico requerido na ação de responsabilidade é quem sabe a técnica utilizada na cirurgia questionada etc.

Qual é o fundamento jurídico que permite, sem previsão normativa expressa a respeito, decidir um feito contrariamente àquele que, podendo, não trouxe ao processo os elementos de convicção que permitiriam solver a dúvida e acertar o fato controverso? Colocando a questão em outros termos: se em um determinado processo há elementos para saber que a parte que tinha meios de produzir prova

---

<sup>274</sup> “Para a aplicação do disposto nos apartados anteriores [que tratam da regra geral e das especiais] deste artigo, o Tribunal deverá ter presente a disponibilidade e a facilidade probatória que corresponde a cada uma das partes do litígio” (tradução livre).

<sup>275</sup> FERNÁNDEZ LOPES, Mercedes. *Op. cit.*, p. 142.



acerca do fato não esclarecido no processo, por que motivo tal parte haveria de se beneficiar com sua própria omissão? Uma primeira resposta a essa pergunta pode ser encontrada no dever de colaboração processual.

#### 4.1.3.1 Ônus da prova, colaboração processual e abuso de direito

Para Goldschmidt,<sup>276</sup> a sujeição do cidadão ao Estado diz respeito ao *imperium* e não haveria, assim, uma *obrigação* do demandado de submeter-se à jurisdição, mas um estado de sujeição à jurisdição. Goldschmidt prossegue seu raciocínio afirmando que a *obrigação* romana de cooperar com a *litis contestatio* foi substituída pelo ônus de comparecer e contestar, no próprio interesse do demandado. Também ao demandante não incumbiriam obrigações, mas apenas ônus (especialmente de afirmar e trazer provas).

Como observa Cappelletti, o problema da relação entre os papéis das partes e o do juiz no processo civil revela a relação entre o processo civil e as soluções de umas das questões ideológicas e políticas mais cruciais da história humana. O *laissez-faire* prevalecente no séc. XIX foi determinante na filosofia de um papel passivo do juiz. Por outro lado, o ativismo judicial no séc. XX é o reflexo — no processo civil — de uma atitude política que favorecia o aumento da intervenção do Estado nos problemas socioeconômicos dos indivíduos e da sociedade. A negação do dever de colaboração das partes (incluindo a recusa de produção e inspeção de documento e a recusa a testemunhar) é reflexo de “uma filosofia de exasperado individualismo”.<sup>277</sup> Isto, desde o século XX, é considerado abuso, não liberdade.

É claro que uma visão romântica de que as partes sempre tenham interesse em colaborar com o andamento do processo e com a resolução da controvérsia — ainda que em prejuízo próprio — não corresponde à realidade. Fosse assim, a controvérsia poderia se resolver muitas mais vezes mediante autocomposição.

<sup>276</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Teoría...** *cit.*, p. 20-23.

<sup>277</sup> A expressão é de CAPPELLETTI, Mauro. **Fundamental...** *cit.*, p. 752.

O que se tem de pensar é uma teoria para o processo civil que seja adequada à teoria de Estado planejada pela Constituição. Se a Constituição da República instituiu um Estado Democrático de Direito, é esperado um processo civil que funcione como um microcosmo deste Estado. E se as partes não são “naturalmente” despojadas de seus egoísmos, a sistemática processual civil tem de estar predisposta a criar condições para retirar a máxima efetividade do processo como ele realmente é.

Em *O processo como jogo*, Calamandrei<sup>278</sup> obtempera que, uma vez conhecidas as regras teóricas de um jogo, o que mais importa para bem jogar é vivenciar como essas regras são compreendidas na prática, como as pessoas que devem observância a essas regras as observam efetivamente, quais as resistências há a se enfrentar, que reações e que tentativas de desrespeito à regra podem ocorrer. Na sequência, o autor pondera que o legislador faz a regra para o seu tempo; mas, para ser um bom legislador, há que ter certa imaginação (para prever aproximativamente como as pessoas destinatárias das normas irão observá-las) e conhecer a economia e psicologia do povo. Isso vale principalmente para normas processuais, porque, mais que as outras, as normas processuais tratam *a posteriori* de resultados concretos.<sup>279</sup>

Ainda no mesmo ensaio, Calamandrei ressalta que o juiz tem de dar razão à parte que melhor consiga demonstrar ter razão, com o uso dos meios técnicos disponíveis e adequados, e que as leis processuais têm em vista o interesse público da justiça; mas, em concreto, excluído o juiz, os demais sujeitos processuais perseguem no processo objetivos mais limitados e egoístas (lhes importa não tanto a justiça, mas sim a vitória, de modo que o processo é um jogo a vencer).<sup>280</sup>

Tendo-se como pressupostos os interesses “particulares” das partes (inerentes à própria condição de partes), as normas processuais só servem à justiça

---

<sup>278</sup> CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: El Foro, v. 3, p. 259-294.

<sup>279</sup> Ibidem, p. 259-61.

<sup>280</sup> Ibidem, p. 262-3.

se na prática forem sustentadas pela lealdade. Não é que se espere ingenuamente que as partes, por simples espírito republicano, colaborem com o reconhecimento dos direitos dos outros.<sup>281</sup> Pode-se dizer, por exemplo, que a parte não tem a obrigação de dizer a verdade,<sup>282</sup> mas sua conduta ao evitar confessar pode ter efeitos probatórios.<sup>283</sup> Com efeito, a ausência, o silêncio ou o comportamento perplexo ou negativo podem ser considerados argumentos de prova.<sup>284</sup> A sistemática processual pode não criar deveres e obrigações em sentido estrito, mas adverte a parte e lhe faz um estímulo psicológico para que se convença de que a honestidade no processo é um bom negócio e que a falta de honestidade lhe trará consequências desfavoráveis.

Observe-se que, enquanto o acesso ao meio de prova (ou seja, a sua disponibilidade material) pode ser suprido por determinação judicial de busca e apreensão, vistoria, perícia etc. (de ofício ou a pedido da parte onerada, estando os meios de prova ao acesso da contraparte), o conhecimento (ou seja, a sua disponibilidade intelectual) acerca das informações capazes de introduzir elementos de juízo no processo (não sendo do conhecimento da parte contrária nem do juiz) não pode ser suprido sem a colaboração da parte que detém o conhecimento. Assim, por exemplo, as informações sobre os rendimentos do réu da ação de alimentos e sobre como se poderá comprovar isto estão em poder exclusivo do réu porque é só ele que, muitas vezes, sabe qual a origem de sua renda, e é o réu quem terá melhores conhecimentos sobre quem poderá testemunhar acerca de seu padrão de vida. Numa ação de dissolução de sociedade comercial,

---

<sup>281</sup> É esta visão caricata ingênua que Girolamo Monteleone procura imputar a seus opositores. O autor sustenta que noções como “procura e accertamento da verdade”, “atribuição de poderes diretivos e instrutórios ao juiz”, “colaboração entre partes, advogados e juiz” não são (como sustentam seus opositores) fatores indispensáveis para um processo civil rápido e eficaz; são, defende, características de um Estado policaiesco e autoritário, não de um Estado livre. (MONTELEONE, Girolamo. *Intorno al Concetto di Verità “Materiale” o “Oggettiva” nel Processo Civile*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, ano 64, 2. série, n. 1, p. 1-13. 2009).

<sup>282</sup> Parece ser esta a posição de Girolamo Monteleone (*Intorno... cit.*).

<sup>283</sup> Neste sentido: CALAMANDREI, Piero. *El proceso como juego*. In. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**: estudios sobre el Proceso Civil. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1996, v. 3, p. 288-291.

<sup>284</sup> É a previsão do art. 116 do Código de Processo Civil italiano. Semelhantes são, no Brasil, as consequências da revelia (arts. 319 e 322 do Código de Processo Civil brasileiro), da falta de impugnação específica (art. 302 do mesmo Código), da falta de comparecimento ou recusa a prestar depoimento pessoal (art. 343, par. 2º, do Código), da falta de resposta ou do emprego de evasivas (art. 345 do Código).

independentemente do polo ocupado, as transações efetuadas pela sociedade — e os respectivos meios de elas serem provadas — muitas vezes só serão do conhecimento daquele sócio que era o administrador da empresa.

#### 4.1.3.2 A resposta do pós-positivismo

Além de respaldo no dever de colaboração, uma resposta à questão acerca do possível afastamento da regra geral do ônus da prova (no Brasil, positivada no art. 333 do Código de Processo Civil) pode ser encontrada em teorias pós-positivistas.

Como já se viu no tópico 2.5, pós-positivistas procuram uma ligação necessária entre Direito e Moral e defendem que o Direito há de rechaçar aquilo que seja manifestamente injusto.<sup>285</sup>

Nessa linha, Dworkin defende que o juiz pode mudar uma regra quando considera que a mudança favorecerá um princípio que *justifica* a modificação (exemplos: *Riggs x Palmer* e *Henningsen x Bloomfiel Motors Inc.*); o juiz tem de considerar que há princípios que se inclinam para a manutenção do *status quo* (supremacia do legislativo, respeito ao precedente etc.) e que estes princípios não são suficientes quando não têm apoio nos *princípios substantivos* que o juiz tem que observar.<sup>286</sup>

Costumeiramente, as regras são um compromisso entre princípios conflitantes. Quando o Judiciário decide manter uma regra, compara dois conjuntos de princípios (e não a própria regra com um ou outro conjunto de princípios). A própria regra não tem peso, o peso é dos princípios e políticas adotados pela regra.<sup>287</sup>

---

<sup>285</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo... *cit.*, p. 120.

<sup>286</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando...** *cit.*, p. 59-61.

<sup>287</sup> *Ibidem*, p. 122.

Desse modo, se há uma regra no ordenamento jurídico (positivada no Brasil no art. 333 do Código de Processo Civil) que normalmente funciona como um adequado compromisso entre princípios, distribuindo o ônus da prova conforme uma lógica normalmente verificável (atribuir o ônus da prova a quem quer provocar uma alteração do mundo e de forma a não sobrecarregar o onerado, como se viu no tópico 3.4), é preciso verificar se a aplicação do teor desta regra atende aos princípios substantivos que o ordenamento jurídico determina que o juiz observe.

Quando se está diante de um caso em que há elementos para se saber que o onerado de acordo com a regra do art. 333 do Código de Processo Civil não tem meios para trazer ao processo os elementos de juízo necessários ao esclarecimento do fato a provar, mas que a parte adversa dispõe de tais meios e pode trazê-los com considerável maior facilidade, há um princípio substantivo que age em favor do primeiro, o da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição da República),<sup>288</sup> e que determinará o afastamento da regra (positivada de ônus da prova) no caso concreto.

Na mesma linha de Dworkin, Müller<sup>289</sup> argumenta que a metódica jurídica não se dispõe apenas a manter orientações anteriores, mas também a transformá-las em casos novos, diante da mutabilidade da relação entre o *programa da norma* e o *âmbito da norma*. Afirma que uma norma que não é mais observada (e dá como exemplos a legislação antiaborto na Alemanha e a “lei seca” nos EUA) perde sua validade e termina sendo apenas um texto de norma e nada mais. Advoga que, do ponto de vista da estrutura da norma e da normatividade, essas tendências são tentativas de evitar o crescimento de um abismo entre o *âmbito* e o *programa* da norma.

---

<sup>288</sup> É este o fundamento que Sérgio Cruz Arenhart apresenta para a proposta que faz de uma interpretação conforme do art. 333 do Código de Processo Civil. (ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no Processo Civil brasileiro. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves (coord.). **Provas**: aspectos atuais do direito probatório. São Paulo: Método, 2009, p. 358).

<sup>289</sup> MÜLLER, Friedrich. **Métodos...** *cit.*, p. 47.

No Brasil, a regra estampada no art. 333 do Código de Processo Civil é ainda regra geral aplicável adequadamente à grande maioria dos casos (como se estudou no capítulo 3), por ser um firme compromisso entre princípios assentes na lógica das provas (item 3.4).

O que se há de ter claro é que tal regra geral, a par de ser excepcionada pelo legislador em regras especiais de distribuições do ônus da prova, em presunções legais e mesmo em microssistemas (como o do consumidor), pode ter de ser excepcionada em casos concretos não previstos pelo legislador (seja porque olvidou daquele caso específico, seja porque ao tempo da lei nem seria capaz de prever um caso tal), por uma questão de justiça na distribuição do ônus da prova (Radbruch) e de integridade do ordenamento jurídico (Dworkin), que há de ser lido como um todo harmônico e respaldado por uma rede de princípios que haverão de fazer sentido do ponto de vista da moralidade adotada pela Constituição.

É patente que o princípio substantivo da inafastabilidade da tutela jurisdicional não permite uma distribuição de ônus da prova que imponha uma ilegítima sucumbência a uma parte enquanto a outra deixou de trazer ao processo elementos de juízo dos quais dispunha material ou intelectualmente e que podia com considerável maior<sup>290</sup> facilidade trazer; ou seja, é preciso que haja contraste entre a condição probatória de uma e de outra das partes.

Por isso é que, embora não tenhamos texto expresso equivalente ao art. 217.7 da LEC<sup>291</sup> espanhola, tem-se que os *ditames da disponibilidade e da*

---

<sup>290</sup> Suzana Pazos Méndez sublinha que os princípios da facilidade e da disponibilidade só operam para fins de ônus da prova se passarem por um teste de contraste: a disponibilidade ou facilidade que uma parte tenha em relação à prova não pode ser idêntica à facilidade e disponibilidade da outra parte. (PAZOS MÉNDEZ, Suzana. Los criterios de la facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil. In: ABEL LLUCH, Xavier; PICÓ I JUNOY, Joan (Dir.). **Objeto y carga de la Prueba Civil**. Barcelona: Bosch, 2007, p. 85). É esta também a posição de Flávio Luiz Yarshell, para quem a inversão da regra legal de ônus da prova pelo juiz só é possível diante da clara constatação de que o ônus imposto pela lei é incompatível com as garantias constitucionais incluídas no devido processo legal e, ainda assim, o juiz não pode proceder à inversão a pretexto de afastar um ônus excessivo de uma parte e com isto impor idêntico excesso à outra. (YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova...** *cit.*, p. 88).

<sup>291</sup> “Para a aplicação do disposto nos apartados anteriores [que tratam da regra geral e das especiais] deste artigo, o Tribunal deverá ter presente a disponibilidade e a facilidade probatória que corresponde a cada uma das partes do litígio” (tradução livre).

*facilidade na produção da prova igualmente regem o sistema brasileiro de distribuição do ônus da prova.*

Verde<sup>292</sup> argumenta que o art. 2.697<sup>293</sup> do Código Civil italiano (equivalente ao art. 333 do Código de Processo Civil brasileiro) é para o positivista uma “autêntica válvula de segurança”. Defende que em casos como o da deliberação assemblear (em que, pela regra do art. 2.697, caberia ao condômino provar a falta de notificação para obter a declaração por sentença da nulidade da reunião assemblear, mas nos quais a jurisprudência exige daquele que convoca a reunião a prova da comunicação<sup>294</sup>) a jurisprudência adota o esquema da presunção, à qual recorre sempre que não é possível superar o modelo legal pré-fixado.

Em tempos de pós-positivismo, não se faz mais necessário recorrer a esquemas forçados de presunções que, em realidade, não ocorrem (no exemplo em questão, não é levado ao processo indício de falta de entrega da comunicação, de modo que a suposta presunção não tem indício do qual partir). A prova da comunicação aos condôminos da reunião assemblear só é exigida daquele que convoca a reunião — e não dos condôminos — porque os condôminos não têm como provar que não foram comunicados; por outro lado, aquele que convocou a reunião poderá sem maior dificuldade provar a comunicação que alega haver feito. Veja-se que, neste caso, o condômino não tem como provar nem mesmo qualquer indício da falta de notificação; o que se dá é a alteração da regra geral do ônus da prova, fazendo-se com que excepcionalmente uma parte tenha de fazer prova acerca do fato pressuposto da nulidade que a parte adversa alega.

---

<sup>292</sup> VERDE, Giovanni. *L'onere...* cit., p. 153-154.

<sup>293</sup> O art. 2697 do Código Civil italiano estabelece: “Aquele que quer fazer valer um direito em juízo deve provar os fatos que constituem seu fundamento. Aquele que alega como exceção a ineficácia de tais fatos, ou que o direito se modificou ou extinguiu, deve provar os fatos em que se funda a exceção” (tradução livre).

<sup>294</sup> VERDE, Giovanni. *L'onere...* cit., p. 147-148.

#### 4.2 NÃO ESCLARECIMENTO CAUSADO CULPOSAMENTE POR UMA DAS PARTES. DIFICULDADE (CONSIDERÁVEL) OU IMPOSSIBILIDADE DE PRODUZIR A PROVA PARA AMBAS AS PARTES

Como se verifica, os conceitos de facilidade e de disponibilidade de produzir prova, utilizados no direito espanhol, voltam-se a situações em que a produção da prova *pode* ser feita por uma das partes, que tem acesso à prova por ser detentora (seja com exclusividade, seja com uma considerável maior facilidade relativamente à parte adversa) de informações ou da fonte ou meio de prova. Diversa é a situação processual probatória em que nenhuma das partes é capaz de produzir a prova necessária ao esclarecimento do fato que é tema de prova. Neste caso será preciso verificar se se deve aplicar a regra geral de distribuição do ônus da prova sempre ou se haverá fatores que determinarão a distribuição de forma diversa.

Defende-se na literatura jurídica espanhola, neste aspecto, que, fora do âmbito da facilidade e da disponibilidade probatória (art. 217.7 da LEC), a alteração da regra geral de distribuição do ônus da prova é matéria reservada à lei.<sup>295</sup>

Em sentido semelhante, Jorge W. Peyrano,<sup>296</sup> ao precisar a doutrina das “*cargas probatorias dinâmicas*”, sustenta que, quando as dificuldades probatórias afetam ambas as partes, a inversão do ônus da prova não encontra qualquer justificativa e, além do mais, constituiria uma quebra dos princípios que fundam a distribuição dos esforços probatórios.

Há de se perquirir, então, como devem ser tratadas aquelas situações em que o esclarecimento acerca de um fato que é tema de prova é inviabilizado em razão da conduta (ativa ou omissiva) de uma das partes (situação que pode ser chamada de “não esclarecimento *como consequência de conduta reprovável da parte*”). Haverá de se perquirir também se tal não esclarecimento é ou não

---

<sup>295</sup> Neste sentido: ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. **Carga de la prueba y sociedad de riesgo**. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 23-24; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Op. cit.*, p. 144.

<sup>296</sup> PEYRANO, Jorge Walter. *Op. cit.*, p. 96.



reconduzível às ideias desenvolvidas quanto à facilidade e à disponibilidade na produção da prova.

No próximo tópico, procurar-se-á cotejar o não esclarecimento *como consequência de conduta reprovável da parte* com a categoria das presunções *hominis*, a fim de ver da possibilidade de aplicar à espécie o tratamento jurídico deferido às conhecidas presunções.

#### 4.2.1 Presunção *hominis*. A presunção judicial e a conduta (processual ou extraprocessual) da parte que inviabiliza a prova

Ao tratar da prova do fato complexo (que pode ser, em um sentido, o fato composto por diferentes partes, tal como um acidente ou uma negociação, ou, em outro sentido, um fato com duração estendida no tempo<sup>297</sup>), Taruffo pontua que a dificuldade na prova de um fato, sendo mais fácil a prova do fato contrário, por vezes determina a inversão *por lei* do fato a provar, mas em muitas ocasiões esta determinação *legal* inexistente, caso em que a inversão do fato a provar dá-se simplesmente *por necessidade*<sup>298</sup> de se resolver a incerteza. Assim, exemplifica, àquele que alega usucapião é difícil provar que a posse durante todo o período deu-se de forma mansa e pacífica, sem interrupção; ao passo que àquele que afirma ter havido interrupção é mais fácil prová-la (a interrupção).<sup>299</sup> Em nota,<sup>300</sup> o autor afirma que, nestes casos, o que se dá é o fenômeno da presunção jurisprudencial, em que

<sup>297</sup> TARUFFO, Michele. **La prueba...** *cit.*, p. 144.

<sup>298</sup> *Ibidem*, p. 148.

<sup>299</sup> Veja-se, porém, que a interrupção da posse é mais bem compreendida pelo direito material como fato impeditivo do direito do autor à usucapião, de modo que, nos termos do art. 333, II, do Código de Processo Civil, é o réu que alega a interrupção quem tem de prová-la (a interrupção). Como exposto no capítulo 3, é preciso enquadrar os fatos, para fim de distribuição do ônus da prova, levando-se em conta o que o direito *material* diz a respeito das pretensões das partes. No caso em análise, observe-se que aquele que é réu na demanda de reconhecimento de usucapião poderia vir a juízo como autor pleiteando proteção possessória, caso em que, sem sombra de dúvida, teria de provar os fatos que lhe dão direito à proteção possessória reclamada. Como já concluí no capítulo 3, a repartição da carga da prova é feita antes mesmo da ocupação dos polos processuais, de modo que não importa a posição processual da parte, o que importa é a posição que a parte ocupa no direito material em relação à parte adversa e em relação às possíveis pretensões que o direito material admitiria (fazendo com que as partes antevíssem as provas com as quais teriam de se resguardar).

<sup>300</sup> TARUFFO, Michele. **La Prueba...** *cit.*, nota 167, p. 148.

a jurisprudência deixa de exigir da parte a prova de um fato e impõe à contraparte a prova de fato contrário incompatível.

Ao tratar da presunção jurisprudencial e da chamada (no direito alemão) “prova *prima facie*”, Taruffo<sup>301</sup> observa que as presunções jurisprudenciais se dão quando a jurisprudência, sem previsão normativa, cria a presunção de verdade de um fato, atribuindo à parte contrária o ônus de provar o contrário. Tal presunção funda-se na consideração de que o fato presumido faz parte da normalidade e que, por isso, não haveria necessidade de ser provado. Analogamente, na prova *prima facie* a jurisprudência considera suficiente que a parte demonstre a aparência de um fato, fornecendo indícios de que ele pode ser reconduzido a uma constelação de fatos tipificados pela experiência e recorrentes na prática. A aparência do fato presumido seria suficiente para satisfazer o ônus da parte onerada (inicialmente, segundo a regra geral), recaindo na outra parte o ônus de demonstrar que os fatos deram-se de forma diversa.

A finalidade tanto da admissão da presunção jurisprudencial quanto da prova *prima facie* seria, considerando-se que existem já certos indícios, evitar exigir da parte a produção de uma difícil prova direta. Essas operações podem ser criticáveis, segundo elenca Taruffo, sob vários pontos de vista: (1) critica-se o fato de se deixar ao juiz, em lugar de ao legislador, o poder de disciplinar a *fattispecie* substancial; (2) objeta-se que isso cria insegurança nas partes em razão da incerteza de que são tomadas acerca do ônus da prova; (3) teme-se pelo contraditório e (4) afirma-se que não haveria razão para se privilegiar a parte que alega um fato normal, o qual é mais facilmente demonstrável. Taruffo observa, porém, que o que se critica não é a simplificação quando há muita dificuldade em provar. É, isto sim, a manipulação imprevisível do ônus da prova.<sup>302</sup>

Veja-se, contudo, que se a presunção judicial ou *hominis* “inverte” a regra geral do ônus da prova, ela o faz apenas indiretamente e na dinâmica do processo

---

<sup>301</sup> TARUFFO, Michele. Onere della prova. In: DIGESTO delle Discipline Privatistiche. Sezione civile. 4. ed. Torino: UTET, 1995. v. 13, p. 77.

<sup>302</sup> Ibidem, p. 77-78.

(quero com isso dizer: ao longo do processo, depois de trazidos os indícios), como resultado de a presunção ser bem sucedida.

Primariamente, a presunção judicial é o resultado de um raciocínio judicial, pelo qual, sabendo da existência de um fato X (porque provado, notório ou incontroverso)<sup>303</sup> e sabendo que de X necessária ou normalmente (de acordo com critérios fundados em máximas da experiência)<sup>304</sup> decorre Y, o juiz conclui (presume) pela ocorrência de Y (o fato que é tema de prova). Existe uma valoração do juiz acerca da existência do indício (X) e da relação entre X e Y; com tais valorações é que se conclui por presumir Y.<sup>305</sup> Acontecendo a presunção, portanto, considera-se suficientemente provado o fato Y. De consequência, não será necessário decidir o caso utilizando-se da regra de julgamento do ônus da prova.

O que se quer expressar quando se afirma que a presunção judicial “inverte” o ônus da prova é que, uma vez bem sucedida a operação de presunção, a parte prejudicada pela presunção ficaria com o ônus da contraprova, ou seja, teria que, ou provar que os indícios não aconteceram, ou que, embora ocorridos os indícios, o fato presumido não aconteceu. Mas essa dinâmica do ônus da prova durante a instrução é comum a qualquer instrução em que se prove qualquer fato, mesmo diretamente. Assim, por exemplo, se provo que a parte contrária deu causa ao acidente de trânsito porque desrespeitou sinal vermelho, ela terá o ônus de trazer a contraprova.

Em conclusão, a presunção judicial não altera/inverte/modifica a regra geral do ônus da prova: a regra de ônus da prova aplicável ao caso continua sendo a mesma.<sup>306</sup> Se se opera presunção judicial é porque se considerou suficientemente provado um fato (ou seja, a parte onerada desincumbiu-se do ônus da prova daquele fato).<sup>307</sup>

---

<sup>303</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus... *cit.*, p. 354.

<sup>304</sup> *Ibidem*, p. 354.

<sup>305</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções... *cit.*, p. 56-58.

<sup>306</sup> Nesse sentido: ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus... *cit.*, p. 356.

<sup>307</sup> É este o entendimento de Leo Rosenberg, para quem as máximas da experiência (usadas como critério para as presunções judiciais e para aquilo que o direito alemão chama de “prova *prima facie*”) são aquilo que permite que o juiz forme sua convicção acerca dos fatos a serem acertados no

Esclarecido isso, há de se perguntar se devem ser considerados indícios para a elaboração de um raciocínio presuntivo apenas fatos provados, notórios e incontroversos, ou se também o comportamento omissivo ou obstrucionista de uma das partes pode ser considerado indício para uma presunção judicial.

O art. 116.2 do Código de Processo Civil italiano estabelece que o juiz pode extrair *argumentos de prova* das respostas das partes ao interrogatório não formal, de sua recusa injustificada em permitir inspeções e, em geral, *do comportamento processual das partes*.

Taruffo noticia a divergência de opiniões acerca do valor probatório do argumento de prova: uma primeira corrente (a) entende que alguns argumentos de prova podem ter eficácia de prova; outra (b) sustenta que os argumentos de prova são fatos conhecidos que podem funcionar como fontes de presunções, e uma terceira (c) afirma que o argumento de prova apenas trataria de trazer elementos para valorar as provas, não podendo fazer por si mesmo prova acerca do fato principal.<sup>308</sup> Esta última opinião (c) não se sustenta, já que os argumentos de prova não têm porque se restringir a fatos secundários ou a provas sobre as outras provas. A primeira opinião (a) não contém mais que uma ideia aplicável a qualquer tipo de prova: a força probatória de qualquer elemento de convicção dependerá da força dos elementos lógicos e racionais que o liguem ao fato tema da prova. Para Taruffo, a eficácia probatória do argumento de prova é equiparável à da presunção simples, dada a identidade estrutural e funcional das inferências realizadas sob cada qual.<sup>309</sup>

A opção de Taruffo, que, pelos motivos supramencionados, parece a mais correta, responde afirmativamente à questão anteriormente colocada: a *omissão ou atitude obstrucionista da parte constitui fato indiciário* do qual se retira presunção

---

processo; quando elas se aplicam de maneira frutífera, permitindo que se forme conclusão a respeito da forma como se passaram os fatos que são tema da prova, de acordo com o grau exigível de probabilidade, então houve ordinária prova, cabendo à contraparte a contraprova. (ROSENBERG, Leo. **La carga...** *cit.*, p. 212-219). Para o autor, também, neste caso não se pode falar de inversão de ônus da prova (p. 217).

<sup>308</sup> TARUFFO, Michele. **La Prueba...** *cit.*, p. 482-485.

<sup>309</sup> *Ibidem*, p. 488.

(*hominis*). Com efeito, se uma das partes tinha meios para trazer ao processo prova capaz de solver a dúvida existente sobre o fato tema de prova e, em lugar de trazê-la, suprimiu-a, têm-se indícios para se concluir que a prova lhe era desfavorável. Assim, se o médico réu suprime os prontuários do paciente autor, há de se concluir que o conteúdo dos prontuários não era favorável à defesa do médico.

Adotando-se para a conduta obstrucionista da parte a mesma conclusão que anteriormente se teve a respeito das presunções *hominis*, *não há alteração/inversão/modificação da regra de ônus da prova aplicável: se os argumentos de prova são indícios fortes o bastante, considera-se a prova suficiente.*

O art. 116.2 do código italiano, note-se, menciona apenas que o comportamento *processual* da parte pode dar origem a argumentos de prova. Pergunta-se, então, se se pode estender a mesma conclusão para além do comportamento *processual* da parte, incluindo-se o comportamento pré-processual ou extraprocessual.

Rosenberg, ao tratar do assunto, inclui sob o mesmo tratamento comportamentos condenáveis que impedem ou dificultam a produção da prova pela parte que seria a onerada, tenham eles ocorrido dentro ou fora do processo. Dá como exemplos os seguintes casos: parte que não disponibiliza, tendo em seu poder, o que deverá ser objeto de inspeção; parte que apresenta em estado intencionalmente alterado uma amostra que se entregou a seu depósito. Para Rosenberg, da mesma forma, nestes casos, não há inversão do ônus da prova: o que ocorre é que os tribunais podem considerar provada a afirmação discutida, em função do princípio fundado na experiência de que o adversário, se a prova fosse favorecê-lo, não teria impedido sua produção, pelo contrário, teria procurado produzi-la; como ele impediu a produção da prova, deixou conhecer que teme o resultado dela.<sup>310</sup>

---

<sup>310</sup> ROSENBERG, Leo. *Op.cit.*, p. 223-224. No mesmo sentido é a conclusão de Guillermo Ormazabal Sánchez (*Op. cit.*, p. 55), para quem é razoável concluir que quem impede o esclarecimento de fatos o faz para colocar-se a salvo de um prejuízo (no caso em análise, o prejuízo seria o decorrente da fixação dos fatos da forma como pretende a parte contrária).

O que funciona como argumento de prova na Itália, funciona também no Brasil (que não tem previsão legal genérica a respeito, embora tenha previsões específicas<sup>311</sup>)? Observe-se que a tese de Rosenberg (de que do comportamento — processual ou extraprocessual — da parte pode-se retirar inferências presuntivas) independe da existência de texto normativo expresso a respeito. Reforça esta tese o fato de que os ordenamentos jurídicos em geral, e assim também o brasileiro, adotam o princípio de que *ninguém pode se beneficiar da própria torpeza*: não posso pretender um benefício a partir de um comportamento condenável que pratiquei (escondendo prova, deixando de levar ao processo informação que deve ser ou é de meu conhecimento, ou sendo pouco diligente com eventual dever de manter determinada prova bem guardada). A par disso e com fundamento neste mesmo princípio geral do direito, nosso Código de Processo Civil estabelece que são deveres das partes proceder com lealdade e boa-fé (art. 14, II).

Sendo assim, a adoção de atitude omissiva ou obstrucionista injustificada em relação à produção das provas necessárias ao accertamento dos fatos não poderá favorecer aquele que tomou a atitude condenável. Para não favorecê-lo, como no processo decidindo-se em favor de um se decide em desfavor de outro, o modo de accertamento do fato haverá de favorecer a contraparte.<sup>312</sup> É neste sentido a conclusão de Walter,<sup>313</sup> para quem a violação de um dever concreto que se tem para com um terceiro tem de levar a uma reação em matéria de prova, haja vista que essa violação ou piora a situação do terceiro para produzir a prova ou o dever tinha por objeto justamente evitar resultados como a falta de prova, de modo que há uma indicação de causalidade na violação desse dever.

---

<sup>311</sup> É o caso das consequências da revelia (arts. 319 e 322 do Código de Processo Civil), da falta de impugnação específica (art. 302 do mesmo Código), da falta de comparecimento ou recusa a prestar depoimento pessoal (art. 343, par. 2º do Código), da falta de resposta ou do emprego de evasivas (art. 345 do Código).

<sup>312</sup> Veja-se que, no que diz respeito especificamente à prova feita por meio de exibição de documento ou coisa, o Código de Processo Civil estabelece (art. 358) que não se admite a recusa em exhibir algo que se tinha a obrigação legal de exhibir. Pode ocorrer, no entanto, que a prova não se faça por meio de exibição de documento ou coisa, mas esteja a depender de informação do conhecimento exclusivo de uma determinada parte. A atitude obstrucionista condenável, evidentemente, não poderá favorecê-la em qualquer dos dois casos, não havendo razão que justifique distinção.

<sup>313</sup> WALTER, Gerhard. **Libre apreciación**... *cit.*, p. 288.

É fácil compreender que a atitude omissiva ou obstrucionista injustificada, quando praticada no interior da relação processual, não alterará a regra aplicável de ônus da prova, uma vez que a distribuição do ônus da prova já vinha dada pela relação jurídica de direito material, e o que tal atitude faz é permitir uma presunção *hominis*, gerando acerto a respeito do fato cuja prova seria possível com a prova que se tornou inviável. Mas quando o comportamento da parte que gera dificuldade no esclarecimento do fato objeto de prova vem *de antes* da existência do processo, poder-se-á titubear entre a visualização de uma presunção *hominis* e a necessidade de inversão de ônus da prova.

A respeito desse tema, Walter<sup>314</sup> traz o interessante exemplo de uma pessoa que — não sabendo nadar — morreu em zona de profundidade perigosa de piscina de clube de natação, o qual deixou de informar (e com isto deixou de observar as regras legais pertinentes) a profundidade das piscinas; familiares da vítima pleitearam indenização, alegando que a causa da morte era o afogamento, ao passo que o clube defendeu-se sustentando que a causa da morte era um colapso cardíaco ou circulatório. Não havia como demonstrar nem o afogamento nem o colapso. No caso trazido a estudo, o Tribunal Superior Estadual entendeu ser pouco verossímil que a vítima tenha se afogado no setor fundo da piscina, porque quem está em perigo de afogar-se — considerou o tribunal — agita-se e grita, o que a vítima não fez. A Corte Federal de Justiça, porém, entendeu estar produzida a prova por presunção de que a vítima se afogou na zona funda, em razão da própria profundidade, por ser isto preponderantemente verossímil.

Segundo defende Walter, o descumprimento de um dever que se tem com terceiro justifica por si só uma “*redução do módulo de prova*” (redução dos requisitos para se provar um fato, bastando a verossimilhança preponderante<sup>315</sup>) e *em casos excepcionais*, quando necessário (não havendo prova preponderante), a *inversão do ônus da prova*. Frente à situação probatória não esclarecida, entende-se que aquele que violou a norma de prevenção (o clube) aceitou o risco de produzir o dano (a

---

<sup>314</sup> WALTER, Gerhard. **Libre apreciación...** *cit.*, p. 277-278.

<sup>315</sup> *Ibidem*, p. 287-288.

morte da vítima) e esta aceitação implica assumir também o risco relativo à dificuldade na elucidação da relação de causalidade entre a violação e o dano.<sup>316</sup>

Posta a questão nesses termos, é de se perguntar se, no exemplo dado (da piscina), a situação é a de que (1) o estado das coisas do ponto de vista pré-processual permitirá levar ao processo fatos (indícios) que autorizarão concluir, por presunção *hominis*, que o causador da morte (pela omissão no aviso da profundidade da piscina) foi o clube (sem alteração da regra de ônus da prova aplicável e, destarte, na nomenclatura de Walter, apenas com uma redução do módulo da prova, por se considerarem bastantes os indícios para fundar a presunção) ou se (2), diversamente, o estado das coisas do ponto de vista pré-processual determinará a alteração da regra de ônus da prova aplicável no que diz respeito à causalidade.

Observe-se que o resultado prático do processo em um (presunção *hominis*) e outro (inversão da regra de ônus da prova) caso seria o mesmo: o clube sucumbiria. A diferença consiste em que, sendo o ônus dos autores, caso eles queiram se beneficiar da presunção *hominis* têm de trazer ao processo os indícios (seja por meio de prova ou por notoriedade ou incontrovérsia dos fatos indiciários) que autorizarão a inferência presuntiva.

No exemplo da piscina, parece que a descrição honesta do modo como se deu a distribuição do ônus da prova é a de que ele passou a dever ser alterado (não houve apenas presunção judicial) desde o momento (pré-processual) em que o clube deixou de cumprir o dever de informar sobre a profundidade da piscina: ao deixar de cumprir este seu dever o clube assume o risco de responder por eventual dano decorrente dessa sua omissão, risco este que inclui o risco da falta de prova e, portanto, inclui a assunção do ônus da prova do nexos causal entre a conduta do clube e a morte da vítima.

---

<sup>316</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: RT, 2008, v. 2, p. 274-275.



Veja-se que a própria ação ou omissão condenável da parte, que seja geradora da situação probatória de falta de esclarecimento, poderá, se necessário, ser objeto de prova.<sup>317</sup> No exemplo dado, se houvesse controvérsia sobre o cumprimento ou não pelo clube de seu dever de avisar a profundidade da piscina, então este fato mesmo poderia ser objeto de prova. Porém, acertado que houve o descumprimento de um dever e que este descumprimento gerou a situação de inviabilidade em produzir a prova de outro fato, então estarão presentes os pressupostos para a aplicação da regra de ônus da prova de modo desfavorável àquele que causou a inviabilização da prova (quanto ao fato cuja prova foi inviabilizada).

Ormazabal Sánchez frisa que é importante distinguir a inversão do ônus da prova da presunção judicial, pois, embora em algumas ocasiões ambos os institutos possam levar a resultados práticos similares, a identificação dos dois institutos pode levar a consequências práticas indesejáveis. Como explica o autor,<sup>318</sup> quando há inversão do ônus da prova, toda a carga de trazer elementos de convicção acerca do fato tema da prova ao processo é atribuída à parte (diversa daquela que teria o ônus segundo a regra geral). Diversamente, em havendo presunção judicial, o onerado segundo a regra geral tem de trazer indícios do fato que quer que seja presumido, enquanto a contraparte tem o ônus da contraprova, podendo trazer elementos que enfraqueçam a prova dos indícios, da ligação entre eles e o fato presumido ou que indiquem que o próprio fato presumido não se deu.

Assiste razão ao mencionado autor, na medida em que a alteração da regra legal de ônus da prova é medida que só excepcionalmente se justifica, enquanto a acreditação da prova de um fato através de indícios que indiretamente autorizam tê-lo por verdadeiro — porque a prova do fato direto é muitíssimas vezes difícil — é algo corriqueiro, justificável pela confirmação dos indícios ao longo da instrução e

---

<sup>317</sup> Da mesma forma como a posição dominante de uma das partes em produzir a prova (por ter maior facilidade/disponibilidade), que muitas vezes é evidenciada por documentos que estão no processo, pela índole da controvérsia ou pelas afirmações da parte melhor posicionada para produzir a prova; mas que em outros casos haverá de ser *provada* pela parte que, por uma inferioridade que a impede de produzir a prova do fato principal controvertido, pretende a redução do peso de sua prova (BARBERIO, Sérgio José. *Op. cit.*, p. 102-105).

<sup>318</sup> ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Op. cit.*, p. 149.

pela ligação racional entre a ocorrência do conjunto dos indícios e o fato principal a ser provado.

#### 4.3 NÃO ESCLARECIMENTO SEM CULPA DE QUALQUER DAS PARTES E SEM QUE QUALQUER DELAS TENHA FACILIDADE/DISPONIBILIDADE DE PROVAR

De acordo com o ensinamento de Arenhart,<sup>319</sup> a modificação, pelo juiz, do regime geral do ônus da prova (como decorrência de interpretação conforme) depende, em regra, da concorrência de dois fatores: (1) que haja impossibilidade concreta ou dificuldade intransponível para aquele que seria onerado (de acordo com a regra do art. 333 do Código de Processo Civil) em produzir a prova do fato; (2) possibilidade, diante das evidências do caso, de que a parte adversa produza prova do fato contrário. Argumenta com propriedade o mencionado autor que, faltante o primeiro requisito (dificuldade ao onerado em produzir a prova), não há respaldo constitucional para a inversão, que só se faz necessária para atender à garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional. Efetivamente, não encontrando o onerado dificuldade em produzir a prova do fato necessário ao reconhecimento do direito que pleiteia, não há razão para que seja desonerado da prova. Faltando o segundo requisito (possibilidade à parte adversa de produzir a prova), *ao menos em princípio*, estariam violadas as garantias do contraditório e da ampla defesa, já que aquele a quem seria atribuído o encargo de produzir a prova restaria com a mesma dificuldade que a outra parte encontrara.<sup>320</sup> A solução para o confronto entre a inafastabilidade da tutela jurisdicional (a solicitar uma forma determinada de distribuição do ônus da prova) e o contraditório e a ampla defesa (a pedirem uma

---

<sup>319</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus... *cit.*, p. 359-360.

<sup>320</sup> Como já se viu no tópico 4.1.3.2, a dificuldade em produzir a prova que autoriza a alteração da regra de ônus da prova é verificável por contraste. Suzana Pazos Méndez (*Op. cit.*, p. 85) sublinha que os princípios da facilidade e da disponibilidade só operam para fins de ônus da prova se passarem por um teste de contraste: a disponibilidade ou facilidade que uma parte tenha em relação à prova não pode ser idêntica à facilidade e disponibilidade da outra parte. É esta também a posição de Flávio Luiz Yarshell (*Op. cit.*, p. 88), para quem a inversão da regra legal de ônus da prova pelo juiz só é possível diante da clara constatação de que o ônus imposto pela lei é incompatível com as garantias constitucionais incluídas no devido processo legal e, ainda assim, o juiz não pode proceder à inversão a pretexto de afastar um ônus excessivo de uma parte e com isto impor idêntico excesso à outra.

distribuição diversa do ônus da prova) só pode ser encontrada, arremata Arenhart, recorrendo-se à ponderação dessas garantias, para se avaliar qual deve prevalecer no caso concreto.

Para Arenhart,<sup>321</sup> uma interpretação conforme a Constituição do texto do art. 333 do Código de Processo Civil faz-se necessária quando é inviável a produção da prova por aquela parte que seria a onerada (de acordo com a regra do art. 333), ficando a cargo do juiz encontrar uma distribuição do ônus da prova que atenda à realização da garantia constitucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição da República). O autor dá como exemplo demanda em que se busca tutela inibitória de evento futuro lesivo a direito, em que a prova da ameaça é muitas vezes inviável.

Observe-se que, no caso ora analisado, a tutela inibitória pode ser deferida com tranquilidade porque a posição jurídica do réu não será severamente afetada com a procedência, que só o afetará caso o dano temido tivesse mesmo alguma chance de ocorrer; caso o dano temido não venha a ocorrer, o réu não sofrerá qualquer prejuízo em seu patrimônio jurídico (exceto, eventualmente, pelo ônus da sucumbência<sup>322</sup>). Note-se que essa ideia se assemelha com aquela adotada no julgamento por preponderância, em que, para se acolher ou rechaçar uma pretensão (ou seja, para se concluir pela suficiência ou insuficiência da prova), vários fatores pesam (no estabelecimento do módulo de prova aplicável ao caso), inclusive a gravidade dos efeitos da decisão judicial sobre os direitos das partes.

Veja-se que, como regra geral, sendo impossível ou extremamente difícil a ambas as partes produzir a prova do fato tema da prova, a distribuição do ônus da prova tem de ser aquela adotada pela regra legal, que já dá conta da situação em que, para mudar o estado das coisas, é aquele que quer a mudança quem é

---

<sup>321</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus... *cit.*, p. 358.

<sup>322</sup> Veja-se, por oportuno, que o ônus da sucumbência, na espécie, poderá encontrar melhor distribuição atendendo-se à causalidade, de modo que, não havendo prova do perigo, arque com os custos do processo a parte que deu causa ao feito não comprovando que ele fosse necessário. Desta forma não é onerada aquela parte que não se comprovou tenha dado causa a que o processo se fizesse necessário.

onerado com a incumbência de provar os fatos que o ordenamento jurídico erige como pressupostos fáticos necessários e suficientes para a aplicação da norma.

A concessão de tutela inibitória independentemente da prova de fato cuja prova era impossível ou extremamente difícil é algo excepcional, que só encontra justificativa na plausibilidade da tese apresentada, cotejada com a garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional, acompanhada da nula lesividade à parte adversa.

É difícil, porém, formular exemplo além do da tutela inibitória, já que, sem prova alguma (nem mesmo indiciária) do fato pressuposto para a aplicação da norma, não tem o juiz legitimidade para aplicar norma que fira os direitos de um cidadão que não tenha dado lugar (com sua atitude ativa ou omissiva: deixando de produzir uma prova que lhe era possível produzir ou através de conduta reprovável que piorou a possibilidade de esclarecimento do fato tema de prova) a tal aplicação.

Entretanto, não é de se fechar a porta da possibilidade de alteração da regra legal de ônus da prova aplicável, pois as situações da vida apresentam-se as mais diversas e, em casos excepcionais, a ponderação de princípios constitucionais poderá determinar que se dê preferência à inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Pode-se pensar, por exemplo, na possibilidade de incêndio não culposos em local que abrigava os documentos que eram hábeis à prova dos fatos não esclarecidos: excepcionalmente podem existir circunstâncias que determinem a tutela daquele que faria a prova do fato pressuposto para o reconhecimento de seu direito com aqueles documentos queimados. É certo que normalmente será exigível a prova de indícios que apontem o conteúdo daqueles documentos. Mas se não for possível a prova de qualquer indício acerca do conteúdo dos documentos, então ter-se-á uma difícil questão de balanceamento de princípios constitucionais por enfrentar, não se devendo descartar a possibilidade de alteração da regra legal de ônus da prova.

#### 4.4 DA IMPORTÂNCIA DE QUE A MODIFICAÇÃO DA REGRA DE ÔNUS DA PROVA SEJA EXCEPCIONAL

A excepcional *inversão* do ônus da prova, sob os argumentos jurídicos diversos que podem sustentá-la,<sup>323</sup> só será *necessária* quando ao onerado (segundo a regra de ônus da prova aplicável) não for possível (ou for muito difícil) trazer indícios que autorizem presunção (relativa) acerca do fato tema da prova.<sup>324</sup>

Como se verificou no item 3.5, ao tratar-se de exemplos incômodos para a doutrina do ônus da prova, a regra de ônus da prova estampada no art. 333 do Código de Processo Civil é pré-processual, porque originada no direito material: é o direito material que dita quais são os fatos constitutivos, extintivos, impeditivos e modificativos. É o direito material que delineia a pretensão trazida a juízo e delimita a *fattispecie*. E o mérito tem de ser julgado de acordo com a disciplina do direito material.

Sendo assim, não se pode fazer pouco caso da regra de ônus da prova, que é expressão do direito material e determina que o processo seja decidido de acordo com o direito material.

Não se deve banalizar a regra geral<sup>325</sup> — ou a regra especial diretamente prevista em lei ou prevista mediante presunção legal — de atribuição do ônus da prova, pois as partes se portam nas suas vidas jurídicas, normalmente, de acordo com elas, não imaginando que elas possam vir a ser alteradas. Como a regra geral de distribuição do ônus da prova deita raízes no direito material, não podemos mudá-la sem que haja justificativa robusta para isto, porque tal atitude implicaria alteração do mérito da causa. A alteração da regra de ônus da prova só tem

---

<sup>323</sup> Disponibilidade/facilidade (tópico 4.1), dificuldade criada por conduta reprovável de uma das partes (tópico 4.2) ou outro motivo excepcional — não havendo para qualquer das partes disponibilidade/facilidade de produzir a prova, sem culpa de qualquer delas (tópico 4.3).

<sup>324</sup> Neste sentido: ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Op. cit.*, p. 149; WALTER, Gerhard. *Op. cit.*, p. 287-288.

<sup>325</sup> O que não quer dizer que a regra de ônus da prova tenha de ser interpretada em seu sentido literal, como se viu no tópico 3.5.

justificativa quando as partes pudessem *antever*<sup>326</sup> que isto aconteceria, e com a consciência de que teriam o ônus em eventual futuro processo, o que acontecerá quando devam pré-constituir prova de uma certa forma ou apenas uma das partes mantenha o conhecimento de fatos necessários ao esclarecimento daquilo que é tema de prova.

Como bem pondera Ormazabal Sánchez,<sup>327</sup> a inversão do ônus da prova pode estar bem fundamentada, mas só deve ser utilizada como *ultima ratio*, quando só assim for possível ultrapassar sérias dificuldades probatórias. Para o jurista, o uso de presunções legais em situações concretas pode resultar mais equilibrado que a inversão do ônus da prova, pois facilita tanto a prova dos fatos constitutivos pelo autor quanto a contraprova pelo réu.<sup>328</sup> Ormazabal Sánchez opina, por essa razão, no sentido de que textos normativos que literalmente atribuem o ônus da prova de forma inversa à regra geral devam ser lidos como presunções legais, a fim de que aliviem a dificuldade da produção da prova, mas não inviabilizem o exercício do direito de defesa.<sup>329</sup>

Para Ormazabal Sánchez,<sup>330</sup> sustentar que sempre quem gera o risco deva ficar com o ônus da prova de que agiu com diligência é um critério sujeito a objeções muito bem fundadas. É que pode acontecer, como bem defende o escritor, que aquele que cria o risco ao mesmo tempo beneficia a sociedade, com a criação de trabalho, riqueza, bem-estar etc. E pode ser também que a sociedade assuma este risco, resistindo a renunciar a um certo nível de vida e de bem-estar. Pode-se pensar, até mesmo, no risco que uma intervenção cirúrgica cria; embora quem atue como parte ativa na cirurgia seja o médico, não se pode dizer que o procedimento cirúrgico seja um risco que atenda apenas à vontade do médico e não à do paciente e ao interesse público.

---

<sup>326</sup> Como acentua Victor de Santo, para saber se uma regra que atribui ônus da prova é segura é preciso verificar sua *posibilidad de previsão anticipada* não só pelo litigante, mas também, antes, por aquele que se dispôs a contratar ou participar de uma relação jurídica de direito material. (DE SANTO, Victor. *La prueba...* cit., p. 94).

<sup>327</sup> ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Op. cit.*, p. 138.

<sup>328</sup> Ibidem, p. 144.

<sup>329</sup> Ibidem, p. 147.

<sup>330</sup> Ibidem, p. 148.

#### 4.5 O PROBLEMA DO MOMENTO DE APLICAÇÃO DA REGRA DE ÔNUS DA PROVA (LEGAL OU MODIFICADA)

Marinoni<sup>331</sup> distingue duas situações de inversão da regra de ônus da prova: na primeira situação há muita dificuldade ou impossibilidade para uma das partes em produzir a prova, aliada à viabilidade ou à muito maior facilidade para a outra parte em produzi-la; neste caso, para Marinoni, o juiz deve inverter o ônus da prova em decisão saneadora, a tempo de aquela parte que passa a ter o ônus poder produzir a prova; na segunda situação, a produção da prova é igualmente impossível às duas partes, de modo que não haveria sentido em decisão saneadora que invertesse a regra de ônus da prova; neste caso, para Marinoni, se a situação de inesclarecibilidade pode ser imputada àquele que não teria o ônus da prova, a regra de ônus da prova deve ser invertida na sentença. A razão de ser para que isto aconteça, para o mencionado autor, é que aquela parte que viola uma norma de prevenção ou de proteção aceita o risco de produzir o dano, o que também faz com que assuma o risco da dificuldade de esclarecimento da relação de causalidade entre a violação e o dano.

Note-se, porém, que, em ambos os casos, poderá ser tema de prova a própria dificuldade de uma parte em produzir a prova e a facilidade da outra parte em produzi-la (exemplo: a facilidade do alimentante em provar suas condições de prestar alimentos, aliada à dificuldade do alimentando), ou a disponibilidade exclusiva de uma parte sobre o meio de prova (sangue para a coleta e prova de DNA) ou sobre a informação necessária ao esclarecimento do fato (conhecimento exclusivo pelo médico do método, medicamentos e aparatos usados na cirurgia). Também a criação por uma das partes de uma situação probatória de inviabilidade da prova pode ser tema de prova (por exemplo, a prova da falta de informação sobre

---

<sup>331</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *In*: NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves (Coord.). **Provas**: aspectos atuais do direito probatório. São Paulo: Método, 2009, p. 260-261.

a profundidade da piscina pelo clube ou a prova da falta de cuidado do médico — caso lhe fosse exigível — na guarda de amostra biológica do paciente).<sup>332</sup>

Sendo assim, não parece justificável a distinção entre uma situação e outra, para que no primeiro caso tenha de haver expressa decisão acerca da atribuição do ônus da prova antes da instrução e na outra não. Além disso, é muito mais comum que a facilidade/disponibilidade da prova sejam notórias ou incontroversas, ao passo que a criação de uma situação de inviabilidade de produção da prova por conduta culposa da parte mais comumente demanda prova. É o caso, por exemplo, da prova da falta de informação que uma das partes tenha o dever legal de prestar: quando existe previsão legal de que uma determinada informação seja arquivada por uma das partes e esta parte não a traz ao processo, a falta de cumprimento desta sua obrigação independe de prova, por ser matéria exclusivamente de direito.

Diante disso, tem-se que esses elementos de juízo (notórios, incontroversos ou provados) exigem por si só a produção de contraprova por aquela parte que é prejudicada por eles. E a exigência de contraprova é algo comum a qualquer instrução probatória que aplique a regra geral de distribuição do ônus da prova (art. 333 do Código de Processo Civil), sem que seja preciso que qualquer das partes seja advertida de que é onerada com a contraprova.

Em contrapartida, para Arenhart,<sup>333</sup> a regra do ônus da prova é destinada a agir no momento do julgamento da causa,<sup>334</sup> de modo que não se pode falar em violação ao contraditório ou à ampla defesa quando excepcionalmente modificada a regra de julgamento de ônus da prova ao ser prolatada a sentença,<sup>335</sup> já que as

---

<sup>332</sup> Tanto a atitude omissiva ou obstrucionista de uma das partes (inviabilizadora da prova) quanto a maior facilidade de uma delas em produzir a prova são muitas vezes evidenciadas por documentos que estão no processo, pela índole da controvérsia ou pelas afirmações da parte melhor posicionada para produzir a prova ou obstrucionista; mas casos haverá em que tal facilidade ou criação de obstrução deverá ser *provada* pela parte que, privada da possibilidade de produzir a prova do fato principal controvertido, pretende a redução do peso de sua prova (BARBERIO, Sérgio José. *Op. cit.*, p. 102-105).

<sup>333</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Ônus... cit.*, p. 335-336.

<sup>334</sup> Sobre este tema, v. tópico 3.1.1.

<sup>335</sup> Flávio Luiz Yarshell (*Op. cit.*, p. 92) defende que o princípio da confiança legítima, derivado do princípio constitucional da segurança (Constituição da República, art. 5º, *caput*), tem como uma de suas vertentes a previsibilidade de julgamento. Por esta razão e pelos encargos financeiros, sociais e



partes têm o dever de apresentar no processo todas as provas que mantêm em seu poder e que possam ser de importância para o processo. Isto, para Arenhart, é decorrência do dever de veracidade (art. 14, I e IV, do Código de Processo Civil), não se podendo falar em surpresa injusta para a parte que faltou com tal dever.

Observe-se que a regra de ônus da prova aplicável ao caso é uma regra e, portanto, trata de um *dever-ser*: deve ser aplicada uma regra de ônus da prova que determina que a parte A produza a prova do fato X, sob pena de não se supor a existência de X. O momento em que tal regra de ônus da prova é *aplicada* é apenas o momento de aplicação de uma norma presente de forma latente no ordenamento jurídico (embora os pressupostos fáticos para a aplicação desta norma já pudessem estar presentes desde antes, como se verifica no exemplo da piscina do clube), segundo a leitura do ordenamento jurídico que é considerada, de modo devidamente justificado, adequada.

Conforme acentuado no capítulo 3, a regra de ônus da prova aplicável ao caso tem de ser previsível pelas partes, de acordo com o conhecimento que têm — e que não se escusam de desconhecer — do direito material.

No caso de descumprimento por uma das partes de um dever imposto pelo ordenamento jurídico que tem relação com o sucesso da produção de prova no processo, a parte que suprime a possibilidade de que a prova seja produzida no processo assume o risco de que tal conduta lhe prejudique em eventual futuro processo, não podendo, no futuro, alegar surpresa *injusta* quando o ônus da prova que inviabilizou lhe for imputado.

O mesmo acontece com aquele que tem evidenciada no processo sua condição de facilidade/disponibilidade de produzir a prova e deixa de produzi-la,

---

personais que a produção de qualquer prova que a parte possa imaginar podem acarretar, Yarshell defende que a inversão do ônus da prova deve ser comunicada às partes antes do julgamento, a tempo de que produzam prova. Veja-se que até mesmo Arenhart admite a *conveniência* de um aviso anterior à inversão, conveniência esta que é tanto mais acentuada quanto maior a dúvida objetivamente possível acerca da atribuição do ônus da prova. Arenhart (*Ônus... cit.*, p. 362) sustenta que, ainda que seja essencialmente regra de julgamento, a modificação da regra do ônus da prova como decorrência de interpretação conforme deve ser previamente advertida aos sujeitos do processo.

embora evidenciado, ainda, que a parte adversa não tenha meios para se desincumbir do ônus probatório. O sujeito processual que age desta forma, sonegando a prova de que dispõe com exclusividade ou com considerável maior facilidade, não pode alegar surpresa *injusta* diante da atribuição a ele do ônus da prova.

Ainda, no caso de se fazer presente outro motivo que determine a inversão do ônus da prova (fora dos casos de disponibilidade/facilidade e de não esclarecimento criado por conduta culpável da parte), como ocorre com a falta de possibilidade de prova do fato pressuposto para a concessão de tutela inibitória (ameaça), prova esta que é inviável para qualquer das partes sem que haja culpa de qualquer delas, não há, igualmente, *injusta* surpresa quando deferida a tutela inibitória. Simplesmente o que o juiz faz neste caso é decidir de acordo com o que as circunstâncias do caso permitiam que as partes provassem e, aliado a isto, de acordo com o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição); e *não há qualquer surpresa em uma decisão que é conforme ao direito*, que, repita-se, ninguém se escusa de desconhecer. A surpresa existiria se a decisão fosse contrária ao direito.

Por tais razões é que concluo que a regra de ônus da prova aplicável ao caso deve ser exposta e justificada quando do julgamento da causa (não antes), quando já reunidos todos os elementos de juízo disponíveis para a decisão final, uma vez que compõem estes elementos de juízo também eventual prova sobre a possibilidade/facilidade/disponibilidade de produção da prova por cada qual das partes e eventual prova sobre a conduta ativa ou passiva de uma das partes que seja inviabilizadora da prova. Se, diante dos elementos de juízo reunidos, a parte a quem incumbe o ônus da prova se mantém inerte, haverá de arcar com as consequências desfavoráveis decorrentes de sua omissão.

Os casos de modificação da regra legal de ônus da prova são excepcionais e devem ser sempre previsíveis pelas partes ainda antes da existência do processo, não havendo, portanto, que se falar em surpresa quando da expressa aplicação do ônus da prova em sentença.

Quando, por qualquer motivo, a modificação da regra de ônus da prova não fosse previsível pelas partes pré-processualmente, então seria certamente conveniente que houvesse uma prévia advertência às partes de que é possível o advento de tal modificação. Mas, neste caso, de falta de previsibilidade de uma tal modificação, então talvez fosse mais acertado manter a regra de ônus da prova em lugar de modificá-la.

Como acentua Victor de Santo,<sup>336</sup> para saber se uma regra que atribui ônus da prova é segura é preciso verificar sua *possibilidade de previsão antecipada* não só pelo litigante, mas, também, antes, por aquele que se dispôs a contratar ou participar de uma relação jurídica de direito material.

#### 4.6 DA PROXIMIDADE ENTRE ÔNUS DA PROVA E VALORAÇÃO DA PROVA

Quando se está diante de uma situação de facilidade de produção de prova para uma parte e dificuldade para a outra, e em razão disso se procede à inversão do ônus da prova (item 4.1), não se desincumbindo de seu ônus o agora reconhecido onerado, então o que se passou? Sua omissão é um argumento de prova que é valorado e o feito é julgado com base nessa prova (esse argumento de prova)? Ou não há prova e aplica-se regra de julgamento do ônus da prova? Este questionamento permite visualizar como é tênue a relação entre o julgamento com valoração da prova (tida por suficiente) e o julgamento com insuficiência de prova e consequente aplicação da regra de ônus da prova.

No caso de modificação da regra legal de ônus da prova por conduta da parte anterior ao processo (item 4.2) ou por outra peculiaridade do caso (item 4.3) é mais difícil de se imaginar que aquela conduta fosse um argumento de prova. Mas ainda nestes casos não parece correta a total separação entre valoração dos elementos de juízo e aplicação da regra de julgamento do ônus da prova. A

---

<sup>336</sup> DE SANTO, Victor. **La prueba...** *cit.*, p. 94.

proximidade entre a presunção *hominis* e a necessidade de inversão do ônus da prova sugere que a valoração da prova e a atribuição do ônus não sejam estanques. Para Verde,<sup>337</sup> há uma mistura de elementos que dizem respeito à valoração da prova com os que concernem ao ônus da prova.

A separação total entre valoração e ônus (defendida por Micheli) parece equivocada<sup>338</sup> do ponto de vista do raciocínio judicial. Como, ao aplicar a regra do ônus da prova, esquecer de todos os esforços feitos no sentido de se encontrar alguma conclusão acerca de como os fatos se passaram?

Não podem ser esferas totalmente independentes, como de fato não são. A regra de juízo (de ônus da prova) não é apenas uma norma que tem por fim resolver o processo em que não houve suficiente acerto dos fatos: ela não busca resolver o processo *de qualquer forma*, mas sim promovendo a adjudicação de um resultado justo (considerada a falta de suficiente acerto dos fatos). Em outros termos: a regra de ônus da prova diz não só para se deixar de prolatar um *non liquet*; ela diz *como* resolver o mérito da causa. E, ao dizer como resolver o mérito da causa, ela procura fazê-lo de forma justa.

Como acentua Verde,<sup>339</sup> a regra de juízo não alude a uma autônoma realidade normativa, mas sim ao significado com o qual as singulares normas (de direito material) reguladoras da relação jurídica controversa são aplicadas pelo juiz. O ônus da prova, arremata Verde, não é um instituto jurídico fechado em si, mas “um modo de observar a inteira experiência jurídica”.<sup>340</sup> Para Verde,<sup>341</sup> separar totalmente a valoração da prova, de um lado, da regra de juízo do ônus da prova, de outro, é um típico fingimento: forçam-se os dados reais para se obedecer ao cânone de separação entre o convencimento do juiz e a repartição dos ônus da prova.

---

<sup>337</sup> VERDE, Giovanni. *L'onere...* cit., p. 143-145.

<sup>338</sup> Ibidem.

<sup>339</sup> Ibidem, p. 136.

<sup>340</sup> Ibidem, p. 137.

<sup>341</sup> Ibidem, p. 146.

Pensando-se em termos de espiral hermenêutica, o juiz faz a análise da prova (da prova feita e da não feita) a partir de uma pré-compreensão. Esta pré-compreensão inclui não só quem das partes tem, desde o início (desde antes mesmo do processo), o ônus da prova, mas também qual é a prova que seria bastante (ou seja, qual o *standard* de prova ou o módulo de prova aplicável ao caso concreto) para se considerarem suficientemente comprovados os fatos tema de prova, o que é considerado pelo juiz sempre tendo em mente que, se a prova não for suficiente, aplicará a regra de julgamento do ônus da prova.

Utilizando-se de uma metáfora, é como se houvesse um recipiente (do tamanho do *standard* de prova) a ser preenchido com os elementos de juízo que haverão de vir ao processo; o tamanho desse recipiente varia conforme seja necessária uma prova mais ou menos contundente de cada fato tema de prova; se tal recipiente for preenchido, o juiz valorará a prova como suficiente e não será necessário aplicar a regra de ônus da prova; caso, porém, o recipiente não seja completamente preenchido, então o ônus da prova não foi satisfeito e será necessário aplicar a regra de julgamento do ônus da prova.

Para que se estime qual o tamanho do recipiente a ser preenchido, entretanto, o juiz terá em mente qual é a parte que tem o ônus da prova e quais suas possibilidades de se desincumbir deste ônus (como a prova poderá ser produzida, com quais elementos de juízo e qual o grau de probabilidade exigível).

A par disso, poderá ocorrer que, havendo dúvida na distribuição do ônus da prova, o juiz imagine qual a prova que será necessária e, então, atribua o ônus da prova de acordo com a pré-compreensão cabível acerca das possibilidades das partes em produzi-la. Verde<sup>342</sup> dá a respeito deste tema o seguinte exemplo: em pedido de anulação de deliberação condominial por falta de comunicação prévia da reunião, parece a princípio que a prova deve ser feita por quem alude a falta de comunicação (como causa da nulidade); mas se a jurisprudência atribui este ônus ao administrador, é porque ele pode mais facilmente pré-constituir a prova do que o

---

<sup>342</sup> VERDE, Giovanni. *L'onere...* cit., p. 147-148.

condômino. Para o professor italiano,<sup>343</sup> muitas vezes os juízes repartem o ônus da prova não tanto em razão de uma regra pré-fixada de direito material, mas por dessumirem o estado dos fatos de acordo com o que normalmente acontece. Em outros termos: muitas vezes a atribuição do ônus da prova é feita de acordo com regras da experiência (de acordo com o que normalmente acontece, àquele que faz uma comunicação é mais fácil provar que a fez, enquanto àquele que alegadamente a teria recebido é muito difícil provar não tê-la recebido; de modo que, não havendo prova sobre a efetivação da comunicação, não se pode concluir que ela tenha acontecido; devendo sucumbir, nesse ponto, quem procurava obter a consequência jurídica derivada da comunicação não comprovada).

Neste campo há possibilidade de arbítrio, principalmente quando não é apresentado adequado fundamento para a inferência. Mas deste raciocínio podem sair resultados positivos (como ocorre quando se entende que quem tem de provar uma comunicação é aquele que diz haver comunicado, no exemplo supra, da deliberação condominial).

Parece que aí se encontra a rica relação entre a valoração da prova e o ônus da prova: tanto a regra de ônus da prova aplicável ao caso exercerá influência na valoração da prova produzida (não posso exigir do onerado que prove mais do que ele é capaz de provar, de modo que o que se deve fixar como *standard* de prova *suficiente* em cada caso terá também relação com o ônus da prova) quanto a valoração da hipótese fática concreta poderá influenciar na atribuição do ônus da prova a uma ou outra parte (em razão da dificuldade/facilidade na produção da prova, da criação culposa de um risco de não esclarecimento do fato ou de outro motivo, conforme se analisou nos tópicos 4.1, 4.2 e 4.3).

---

<sup>343</sup> VERDE, Giovanni. **L'onere...** *cit.*, p. 496.

## CONCLUSÃO

No presente trabalho, procurou-se tratar da efetividade do processo, especificamente no que diz respeito à temática da prova.

Inicialmente, tratou-se daquilo que se há de entender por *suficiência* de prova para o julgamento do mérito em favor da parte que tem o ônus da prova.

Como premissa, defendeu-se a finalidade do processo como sendo a de resolver *com justiça* as controvérsias postas em juízo. Para desincumbir-se desta finalidade, a busca da verdade dos fatos é importante para o processo, consistindo na finalidade institucional da instrução probatória.

Existem regras processuais que definem um âmbito restrito de incidência das provas e outras que limitam o conhecimento dos fatos no processo, mas cada qual dessas regras há de ter uma justificada razão de ser para equilibrar-se em uma sistemática processual sustentada por uma constelação de princípios a serem observados de forma coerente com a moralidade política albergada pela Constituição.

O “*ponto do ônus da prova*”, aquela intensidade probatória mínima na constatação dos fatos que precisa ser alcançada para que o juiz possa proferir uma decisão fundada em um determinado fato jurídico, não será adequado a bem atender ao direito material se for estabelecida sempre em 50% ou sempre em simples preponderância em relação às outras hipóteses fáticas possíveis. Contudo, é equivocado estabelecerem-se previamente grupos de casos em que o tipo e o *quantum* de prova deva ser plena ou meramente verossimilhante. É preciso adotar conscientemente a livre valoração racional e motivada das provas e justificar sua legitimidade, assim como a do *standard* de prova aplicável ao caso. E será preciso encontrar pontos de ônus da prova diferenciados para as diferentes necessidades dos casos em que a prova for avaliada.

Porque não há valor em um ordenamento jurídico que seja absoluto, há de se verificar no caso concreto qual combinação de valores deve preponderar, a partir de uma concepção do direito enquanto integridade. Na temática da suficiência da prova, é essencial assumir que existe uma gama de demandas diversas por diferentes aspectos (dificuldade de prova por diversos motivos, questionamentos que se colocam sobre as consequências jurídicas a serem atribuídas ao comportamento das partes em juízo ou fora, diferenças de valores trazidas pelo próprio direito material discutido em juízo, eventual diferença de peso de uma decisão equivocada para uma e para outra parte, cultura mutante etc.) e que cada um destes aspectos diferentes poderá ter de ser levado em conta no tratamento jurídico para o acerto dos fatos, para a escolha da aceitabilidade das hipóteses possíveis acerca dos fatos objetos da prova, para a correta decisão acerca de qual o *standard* de prova aplicável ao caso, para a atribuição do ônus da prova e, finalmente, para a entrega da prestação jurisdicional adequada.

A probabilidade de ocorrência de um determinado fato tem de ser conjugada, para a decisão do mérito da causa, com o *standard* de prova aplicável, assim como o *standard* de prova pode precisar ser adequado ao caso concreto, fazendo parte daquilo que se pede ao Judiciário que, incidentalmente, decida.

Não sendo reunidos no processo elementos de juízo suficientes a atenderem o *standard* de prova aplicável ao caso, é necessária a aplicação de uma regra de julgamento de ônus da prova.

Foram elaboradas algumas ideias sobre como deve ser entendida a regra geral de distribuição do ônus da prova (no Brasil, estampada na letra do art. 333 do Código de Processo Civil).

Em primeiro lugar, a interpretação do texto do art. 333 do Código de Processo Civil não deve ser literal, sob pena de induzir resultados contrários à lógica que lhe dá sustentação.

Tal lógica decorre da noção de que aquele que deseja, por meio do processo, fazer valer um direito, com a produção de efeitos jurídicos previstos em



uma norma jurídica, tem o ônus de provar os fatos que esta mesma norma prevê como necessários e suficientes para a consequência jurídica normativamente prevista. Não provados tais fatos, o juiz não deve determinar a produção dos efeitos normativamente previstos; deve, pelo contrário, rejeitar a demanda. Ao lado disto, a distribuição do ônus da prova entre as partes tem como ideia elementar não tornar demasiadamente árdua a tarefa daquele que quer a produção de um efeito jurídico, de modo que não se fará necessária a prova de todos os fatos constitutivos de seu direito tão minuciosamente que tenha de fazer a contraprova de qualquer tese que possa vir a ser alegada pela contraparte. É esta que, alegando fato que impeça, modifique ou extinga a produção do efeito desejado pela outra (exceto a própria negativa dos elementos essenciais da existência da relação jurídica material afirmada), tem o ônus de provar os fatos que a norma jurídica de direito material qualifica como impeditivo, modificativo ou extintivo.

O critério que determina a qualificação dos fatos como constitutivos, de um lado, ou, de outro, como impeditivos, modificativos ou extintivos, para fim de distribuição do ônus da prova, é o da pretensão, mas sendo entendida esta como a fase de exigibilidade do direito *material* invocado. Embora o processo seja o veículo para que o direito seja exigido em juízo, é o direito *material* que determina a distribuição do ônus da prova.

O modo pelo qual se há de alocar os fatos na condição de constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos (para fins de distribuição do ônus da prova) é mais complexo do que simplesmente em termos de pressupostos fáticos da aplicação da norma aplicável conforme pretensão posta em juízo.

É preciso enquadrar os fatos, para fim de distribuição do ônus da prova, levando-se em conta o que o direito material diz a respeito das pretensões das partes, pois a repartição da carga da prova é feita antes mesmo da ocupação dos polos processuais, de modo que não importa a posição processual da parte, o que importa é a posição que a parte ocupa no direito material em relação à parte adversa e em relação às possíveis pretensões que o direito material admitiria (fazendo com que as partes antevíssem as provas com as quais teriam de se resguardar).

Há casos, porém, em que lançar mão da regra geral não atende às garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da igualdade e, em especial, à efetividade do processo enquanto meio para acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, XXXV, da Constituição da República).

Haverá casos que não foram objeto de especial atenção do legislador no estabelecimento de regra especial, nem no estabelecimento de presunção legal, nem poderão ser incluídos dentre as relações de consumo, mas para os quais a aplicação da regra geral de distribuição do ônus da prova (art. 333 do Código de Processo Civil) funcionaria como um decreto de perda de um direito legítimo.

Procurou-se sistematizar tais casos em três hipóteses fundamentais.

A primeira é aquela em que a parte que teria o ônus da prova de acordo com a regra legal tem, em contraste com a posição probatória da outra parte, considerável maior dificuldade em produzir a prova, seja por uma questão de disponibilidade material do meio de prova, seja por não dispor do conhecimento necessário a trazer ao processo. Nesse caso, atribuir o ônus da prova à parte que dispõe material e intelectualmente da prova e que com considerável maior facilidade pode trazê-la ao processo é medida que atende à boa-fé na relação processual e que confere ao ordenamento jurídico a melhor leitura do ponto de vista da moralidade política adotada pela Constituição.

A segunda hipótese é aquele caso em que, embora para ambas as partes a prova não seja viável, uma delas criou culposamente uma situação probatória de não esclarecimento que impossibilita à outra parte desincumbir-se do ônus da prova. Não poderá se aproveitar da própria torpeza e haverá de assumir o ônus da prova.

Pode-se pensar também em uma terceira hipótese, em que nenhuma das partes tem facilidade ou disponibilidade em produzir a prova necessária ao julgamento da causa, e que também nenhuma delas tenha dado causa a essa inviabilidade de esclarecimento dos fatos, mas que por outro motivo o ônus da prova deva ser distribuído de forma diversa daquela disciplinada pela regra geral estampada no art. 333 do Código de Processo Civil, por uma questão de

interpretação conforme a Constituição, atendendo-se à inafastabilidade da tutela jurisdicional e à adequada ponderação dos princípios constitucionais — como se dá, eventualmente, em tutelas inibitórias.

Qualquer dos casos de modificação da regra legal de ônus da prova só pode se operar excepcionalmente, na medida em que a regra de julgamento do ônus da prova é pré-determinada pelo direito material, pela pretensão de direito material formulável, que antecipa às partes com quais provas elas devem se resguardar.

A regra de julgamento de ônus da prova diz, afinal, com o mérito da causa e com a prestação jurisdicional justa em caso de insuficiência de prova. Ela é uma regra para o julgamento da causa aplicável em caso de falta de prova bastante a suprir o *standard* de prova aplicável. Como regra que é, a regra de julgamento do ônus da prova só encontra seu momento de aplicação quando verificados os pressupostos fáticos normativamente previstos para tanto (em especial: a falta de prova bastante), de modo que ela só deve ser aplicada quando do julgamento da causa, embora já presente de forma latente desde antes mesmo do advento do processo.

Nos três casos estudados de modificação da regra legal de ônus da prova não há que se falar de surpresa injusta quando aplicada a regra de ônus da prova de acordo com os fundamentos supra-apresentados, todos também presentes nos princípios que regem o ordenamento jurídico.

A regra de julgamento do ônus da prova não é, ademais, totalmente divorciada da valoração da prova. A construção da regra de julgamento do ônus da prova aplicável ao caso é influenciada pelos elementos de juízo apresentados e pela hipótese concreta posta em juízo e seu respectivo *standard* de prova, da mesma forma como a valoração dos elementos de juízo e a definição do *standard* de prova aplicável também são influenciados pela regra de ônus da prova aplicável.

## REFERÊNCIAS

ABEL LLUCH, Xavier; PICÓ I JUNOY, Joan. **Objeto y carga de la prueba civil**. Barcelona: Bosch, 2007.

AFONSO da SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

ANDRIOLI, Virgilio. Prova (Diritto processuale civile). *In*: NOVÍSSIMO Digesto Italiano. 3. ed. Torino: UTET, 1957, v. 14, p. 260-300.

ANTOINE, Mireille; ELOY, Marc; BRAKELAND, Jean-François. **Le Droit de la Preuve face aux Nouvelles Technologies de L'Information**. Cahiers du Centre de Recherches Informatiques et Droit. 7. Namur: CRID, 1991.

ARAZI, Roland. **La Prueba en el Proceso Civil**. Buenos Aires: La Rocca, 1998.

ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no Processo Civil brasileiro. *In*: NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves (coord.). **Provas**: aspectos atuais do direito probatório. São Paulo: Método, 2009, p. 329-365.

BARBERIO, Sérgio José. Cargas probatórias dinâmicas: que debe probar el que no puede probar? *In*: PEYRANO, Jorge Walter (Dir.). **Cargas Probatórias Dinâmicas**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 99-107.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. *In*: **Temas de Direito Processual**. 1. série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 55-71.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Carlos Nelson Coutinho (trad.). Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONET NAVARRO, José. **La prueba en el Proceso Civil**: cuestiones fundamentales. Madrid: Difusión Jurídica, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 141.322/RS**. Relator: ministro Barros Monteiro. 4. Turma. Julgado: 01 abr. 2004. DJ 14 jun. 2004, p. 221.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 763.033/PR**. Relator: ministro Aldir Passarinho Junior. 4. Turma. Julgado: 25 maio 2010. DJe 22 jun. 2010.

BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964. Tradução de: **Die Lehre von den Processenreden und die Processvoraussetzungen**. Giesen: Emil Roth, 1868.

CALAMANDREI, Piero. El proceso como juego. *In*. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**: estudios sobre el Proceso Civil. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1996, v. 3, p. 259-294.

CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: El Foro, v. 3.

CALAMANDREI, Piero. **Límites entre jurisdicción y administración**. *In*: **Estudios sobre el proceso civil**. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1945, p. 18-50.

CALAMANDREI, Piero. Verità e Verosimiglianza nel Processo Civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, vol. 10, parte 1, p. 164-192, 1955.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPONI, Remo. **O princípio da proporcionalidade da justiça civil**: primeiras notas sistemáticas. Trabalho apresentado no Congresso de Direito Processual, Curitiba, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation**. Milano: Giuffrè, 1973.

CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: parte 1.** Milano: Giuffrè, 1962.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **O acesso à justiça.** Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo.** Napoli: Morano, 1958.

CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil.** Tradução argentina Niceto de Alcalá-Zamora y Castillo. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2000. Tradução de: **La prova civile.** 2. ed. Roma: So. Gra. Ro., 1947.

CAVALLONE, Bruno. In Difesa della *Veriphobia* (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo). **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. LXV, II série, p. 1-26, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2001.

CONTE, Mário. **Le Prove nel Processo Civile.** Milano: Giuffrè, 2002.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil.** 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958.

CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova.** Rio de Janeiro: GZ, 2009.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CRISTOFARO, Marco de. *Case Management* e riforma del Processo Civile, tra effettività della giurisdizione e Diritto Costituzionale al giusto processo. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, ano 64, n. 1, p. 1-13, 2009.

CHIARLONI, Sergio. La verità presa sul serio. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, ano 64, n. 2, p. 695-706, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**: v. 2: as relações processuais: a relação processual ordinária de cognição. São Paulo: Saraiva, 1969.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituzioni di Diritto Processuale Civile**: v. 1: i concetti fondamentali: la dottrina delle azioni. 2. ed., 6. ristampa. Napoli: Jovene, 1957.

DAISSON, Flach. **A verossimilhança no Processo Civil e sua aplicação prática**. São Paulo: RT, 2009.

DAMASKA, Mirjam R. **The Faces of Justice and State Authority**: a Comparative Approach to the Legal Process. New Haven; London: Yale University Press, 1986.

DE SANTO, Victor. **La prueba judicial**: teoría y práctica. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.

DENTI, Vitório. **Estudios de Derecho Probatorio**. Tradução Santiago Sentis Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974.

DENTI, Vitório. L'inversione dell'onere della prova: rilievi introduttivi. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, ano 66, n. 3, p. 709-713, 1992.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial**. 5. ed. Buenos Aires: Zavalia, 1981, t. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004; 6. ed, 2009, v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988.

DÖHRING, Erich. **La prueba**. Buenos Aires: Valletta, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução de: **Taking Rights Seriously**. Harvard: Harvard University, 1977.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução de: **Law's Empire**. Harvard: Harvard University, 1986.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 027030004256**. 3. Câmara Cível. Relator: desembargador José Luiz Barreto Vivas. Julgado: 06 fev. 2007.

FÁBREGA, Jorge. **Teoria general de la prueba**. 2. ed. Bogotá: Gustavo Ibañez, 2000.

FERNÁNDEZ LOPES, Mercedes. **La carga de la prueba en la práctica judicial civil**. Madri: La Ley, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fronteira, 1986.

FERRER BELTRÁN, Jordi. La valoración racional de la prueba. Curitiba, 23 set. 2011. Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madri: Marcial Pons, 2007.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 2005.

FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade (The law as it could be). Coord. de tradução Carlos Alberto de Salles. Tradução Daniel Porto Godinho da Silva; Melina de Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004.



GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**: v. 3: hermenêutica e a filosofia prática. Tradução Marco Antonio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 2. ed. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1998.

GENTILE, Francesco Silvio. **La prova civile**. Roma: Jandi Sapi, 1960.

GOLDSCHMIDT, James. **Teoría General del Proceso**. Barcelona; Madrid; Buenos Aires; Rio de Janeiro: Labor, 1936.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: RT, 1973.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio da ampla defesa. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, 19, p. 9-20, dez. 1981-dez. 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo constitucional em marcha**. São Paulo: Max Limonad, 1985.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em sua unidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo**: estudos e pareceres. São Paulo: DPJ, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: Bushatsky, 1975.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação, São Paulo: Landy, 2004.

GÜNTER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. **Cadernos de Filosofia Alemã**, São Paulo, n. 6, p. 85-102, 2000.

HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas** Tradução Cesar Augusto Mortari, Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Unesp, 2002. Tradução de: **Philosophy of Logics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1978.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, [s.d.].

JACOB, Jack I. H. **La giustizia civile in Inghilterra**. Bologna: Il Mulino, 1995.

KIELMANOVICH, Jorge L. **Teoría de la prueba y medios probatórios**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KNIJNIK, Danilo. **Prova judiciária**: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LAGARDE, Xavier. **Réflexion critique sur le droit de la preuve**. Paris: LGDJ, 1994.

LEGEAIS, Raymond. **Le règles de preuve em Droit Civil**: permanences et transformations. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1955.

LEGUISAMÓN, Héctor E. La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas. *In*: PEYRANO, Jorge Walter (Dir.). **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 109-124.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LESSONA, Carlo. **Teoría general de la prueba en Derecho Civil**. Tradução espanhola Enrique Aguilera de Paz. 3. ed. Madrid: Reus, 1928.

LESSONA, Carlo. **Trattato delle prove in materia civile**. 3. ed. Firenze: Fratelli Camelli, 1914, v. 1.

LOMBARDO, Luigi. **La proba giudiziale**: contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo. Milano: Giuffrè, 1999.

LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

LÓPEZ MIRÓ, Horácio G. **Probar o sucumbir**: los tres grados del convencimiento judicial y la regla procesal del onus probandi. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

MALATESTA, Nicola Framantino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 2. ed. Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *In*: NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves (Coord.). **Provas**: aspectos atuais do direito probatório. São Paulo: Método, 2009, p. 255-268.

MARINONI, Luiz Guilherme. **La Prueba en la Acción Inhibitoria**. Disponível em: <<http://marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2010/11/LA-PRUEBA-EN-LA-ACCIÓN-INHIBITORIA1.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Simulação e prova**. Disponível em: <<http://marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2010/11/SIMULAÇÃO-E-PROVA1.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: RT, 2008, v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: RT, 2009.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Marcos Bernardes de, Da ação como objeto litigioso no processo civil. *In*: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coords.). **Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda**. Salvador: Podivum, 2010, p. 367-404.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **Teses, estudos e pareceres de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2005, v. 2.

MICHELI, Gian Antonio. **L'onere della prova**. Padova: Cedam, 1966.

MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**. Buenos Aires: EJE, 1961.

MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação Civil Pública**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1.0024.06.307992-5/001**. 17. Câmara Cível. Relator: Lucas Pereira. Julgado: 17 dez. 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1998.

MONTELEONE, Girolamo. Alle origine del principio del libero convincimento del giudice. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, ano 63, 2. série, n. 1, 2008, p. 123-132, 2008.

MONTELEONE, Girolamo. Intorno al concetto di verità "materiale" o "oggettiva" nel Processo Civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, ano 64, 2. série, n. 1, p. 1-13. 2009.

MONTELEONE, Girolamo. Le idee confuse del prof. Taruffo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, ano 63, n. 3, p. 1139-1141, 2009.

MONTERO AROCA, Juan. **La prueba en el Proceso Civil**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1998.

MORELLO, Augusto M. **La prueba: tendencias modernas**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. Prefácio de Paulo Bonavides.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves (Coord.). **Provas**: aspectos atuais do direito probatório. São Paulo: Método, 2009.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. **Carga de la prueba y sociedad de riesgo**. Madrid: Marcial Pons, 2004.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no Direito Processual Civil**. São Paulo: RT, 2000.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 0640310-5**. Cascavel. 4. C. Criminal. Relator: desembargador Luiz Zarpelon, unânime. Julgado 18 nov. 2010.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 0674629-4**. 1. Câmara Criminal. Relator: desembargador Jesus Sarrão. DJe 02 set. 2010, p. 288

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 70009007451**. 8. Câmara Criminal. Relator: desembargador Roque Miguel Fank. Julgado 25 ago. 2004.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Processo n. 0323620-6**. Cruzeiro do Oeste. 2. Câmara Criminal. Relatora: juíza Lilian Romero. Julgado 05 out. 2006.

PATTI, Salvatore. La disponibilità delle prove. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, ano 65, suplemento ao n. 1, p. 75-100, 2011.

PAZOS MÉNDEZ, Suzana. Los criterios da facilidade y disponibilidad probatoria en el proceso civil. In: ABEL LLUCH, Xavier; PICÓ I JUNOY, Joan (Dir.). **Objeto y carga de la Prueba Civil**. Barcelona: Bosch, 2007, p. 79-100.

PEREIRA, Aloysio Ferraz (Org.). **Textos de filosofia geral e de filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

PERELMAN, Chaïm. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental n. 66223-5/01**. Relator: desembargador José Fernandes. DJPE 07 jun. 2003.

PEYRANO, Jorge Walter. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir em matéria jurídica. *In*: PEYRANO, Jorge Walter (Dir.). **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 75-98.

PISANI, Andrea Proto. **Per un nuovo CPC**. 2010. Disponível em: <[http://unifi.academia.edu/remocaponi/Books/137150/Andrea\\_Proto\\_Pisani\\_Il\\_progetto\\_di\\_un\\_nuovo\\_codice\\_di\\_procedura\\_civile\\_2009](http://unifi.academia.edu/remocaponi/Books/137150/Andrea_Proto_Pisani_Il_progetto_di_un_nuovo_codice_di_procedura_civile_2009)>. Acesso em: 06 dez. 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, t. 3.

POSNER, Richard A. **El análisis económico del Derecho**. Tradução Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, [s.d.].

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no Processo Civil**. Coimbra: Almedina, 2000.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução de: **A Theory of Justice**. Harvard: Harvard University, 1971.

REALE, Miguel. **Verdade e conjectura**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa, y lógica "razonable"**. México: Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México, 1971.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2552/2000 (28082000)**. 8. Câmara Cível. Relator: desembargador Carpena Amorim. Julgado: 23 maio 2000.

ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Tradução espanhola Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJEA, 1956. Tradução de: **Die Beweislast**. 3. ed. München; Berlin: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1951.

SADEK, Maria Tereza (Org.). **Acesso à Justiça**. São Paulo: Konrad Adenauer, 2001.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2003.012135-8**. Tijucas. 1. Câmara de Direito Civil. Relatora: desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Julgado: 25 jul. 2006.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2003.017510-5**. Relator: desembargador Monteiro Rocha. Julgado: 27 set. 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 4.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 1.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*. SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 113-146.

SARTOR, Giovanni. Defeasibility in legal reasoning. **Rechtstheorie**, Berlin, n. 24, p. 281-316, 1993.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: RT, 1996.

STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: RT, 2002.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer (CPC, art. 461)**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2000.

TARSKI, Alfred. **The Concept of Truth in Formalized Languages**, 1931.

TARUFFO, Michele. Considerazioni sulle massime d'esperienza. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, ano 63, n. 2, p. 551-569, 2009.

TARUFFO, Michele. Contro da *Veriphobia* (1): osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, ano 65, 2. série, n. 5, p. 995-1011, 2010.

TARUFFO, Michele. Cultura e processo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, ano 63, n. 1, p. 63-92, 2009.

TARUFFO, Michele. Defeasibility of Judicial Truth. *In*: FERRER BELTRÁN, J.; RATTI, G. B. (Eds.). **The Logic of Legal Requirements: Essays on Legal Defeasibility**. Oxford University Press, 2012, no prelo.

TARUFFO, Michele. Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, n. 181, p. 167-172, 2010.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Tradução espanhola Jordi Ferrer Beltrán. 3. ed. Madrid: Trotta, 2009. Tradução de: **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992.

TARUFFO, Michele. **La prueba**. Tradução espanhola Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madri: Marcial Pons, 2008.

TARUFFO, Michele. Le prove. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, ano 46, n. 1, p. 285-295, 1992.

TARUFFO, Michele. Onere della prova. *In*: DIGESTO delle Discipline Privatistiche. Sezione civile. 4. ed. Torino: UTET, 1995. v. 13, p. 65-79.

TARUFFO, Michele. Per la chiarezza di idee su alcuni aspetti del processo civile. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, ano 63, n. 2, p. 723-730, 2009.

TARUFFO, Michele. Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, ano 65, suplemento ao n. 1, p. 101-128, 2011.

TARUFFO, Michele. Presunzione, inversioni, prova del fato. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, ano 46, n. 3, p. 733-756, 1992.

TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdad**. Madri: Marcial Pons, 2010.



TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Garantias constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: RT, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e Processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

VERDE, Giovanni. L'inversione degli oneri probatori nel processo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, ano 46, n. 3, p. 715-731, 1992.

VERDE, Giovanni. **L'onere della prova nel Processo Civile**. Napole: Jovene, 1974.

VERDE, Giovanni. La prova nel Processo Civile (profili di teoria generale). **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, ano 53, 2. série, n. 1, p. 2-25, 1998.

VERDE, Giovanni. Prova. *In*: ENCICLOPEDIA del Diritto, v. 37.

VILLEY, Michel. **Réflexions sur la philosophie et le droit, les carnets**. Paris: PUF, 1995.

WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**. Bogotá: Temis, 1985. Tradução de: **Freie Beweiswürdigung**. Tübingen: J. C. B. Mohr; Paul Siebeck, 1979.

WHITE, Inés Lépori. Cargas Probatorias Dinámicas *In*: PEYRANO, Jorge Walter (Dir.). **Cargas Probatorias Dinámicas**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 35-73.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.